

IUS - IUSTITIA - IURISPRUDENTIA

ΤΙΜΗΤΙΚΟΣ ΤΟΜΟΣ
ΝΙΚΟΛΑΟΥ Κ. ΚΛΑΜΑΡΗ

FESTSCHRIFT
FÜR
NIKOLAOS K. KLAMARIS

I

ΕΠΙΜΕΛΕΙΑ ΕΚΔΟΣΗΣ:
ΕΘΝΙΚΟ ΚΑΙ ΚΑΠΟΔΙΣΤΡΙΑΚΟ
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΑΘΗΝΩΝ,
ΝΟΜΙΚΗ ΣΧΟΛΗ

HERAUSGEGEBEN VON:
NATIONALE UND KAPODISTRIA
UNIVERSITÄT ATHEN,
JURISTISCHE FAKULTÄT



ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ
ΑΘΗΝΑ - ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ

Η λειτουργία των κριτηρίων της ΑΚ 281

Εμμανουήλ Λασκαρίδης

Α. Η ενασχόληση του καθηγητή Νικολάου Κλαμαρή με το ζήτημα της καταχρηστικότητας

Ο καθηγητής Νικόλαος Κλαμαρής ασχολήθηκε εκτενώς σε μονογραφία του με το ζήτημα της καταχρηστικής άσκησης των δικονομικών δικαιωμάτων κάνοντας σε αυτό εκτενείς αναφορές όχι μόνο στο άρθρο 116 ΚΠολΔ αλλά και στο άρθρο 281 ΑΚ. Ένα σημαντικό κομμάτι του δεύτερου κυρίως τόμου της μονογραφίας του, είναι αφιερωμένο στη σχέση των δικονομικών κανόνων με τις ηθικές υποχρεώσεις¹ αλλά και στην έννοια των χρηστών ηθών². Η παρούσα μελέτη επιδιώκει να συνεχίσει τον διάλογο περί καταχρηστικής άσκησης δικαιωμάτων, τον οποίο το τιμώμενο πρόσωπο μαζί με τον δικαστή *Θεράπο*³ ξεκίνησαν στο ελληνικό Ιδιωτικό Δίκαιο.

Η θέση ορίων στην άσκηση δικαιωμάτων αποτελεί μια επιταγή της ουσιαστικής δικαιοσύνης και κατά συνέπεια θεμελιώδη προσπάθεια του θετού δικαίου. Ο καθηγητής Νικόλαος Κλαμαρής επισημαίνει στη μονογραφία του, η καταχρηστική άσκηση δικαιώματος συνιστά “τη γέφυρα μεταξύ ασφάλειας δικαίου και απονομής ουσιαστικής δικαιοσύνης”⁴. Όπως στη φύση σπάνια ένα ζώο επιτίθεται σε άλλο χωρίς λόγο⁵ και αιτία, έτσι είναι άδικο και μέσα στο κοινωνικό γίνεσθαι να επιτίθεται πολίτης σε συμπολίτη του χωρίς κάποια δικαιολογημένη αιτία. Σε αυτό το πλαίσιο, θα πρέπει να αποτρέπεται η άσκηση ενός δικαιώματος χωρίς λόγο ή αντίθετα προς τον σκοπό για τον οποίο αυτό απονεμήθηκε από την Πολιτεία. Δεν θα πρέπει, για παράδειγμα, να επικαλείται κάποιος δικαίωμα κυριότητάς του επί ακινήτου του προκειμένου να χτίσει έναν εξαιρετικά υψηλό τοίχο χωρίς να αποβλέπει με την κατασκευή του σε κάποιο σκοπό, –όπως στην προστασία της ιδιοκτησίας– αλλά αποκλειστικά προς παρεμπόδιση της θέας του γειτονικού οικοπέδου⁶. Κατά τον ίδιο τρόπο δεν θα πρέπει η μητέρα που έχει εγκαταλείψει για επτά χρόνια το παιδί της από αδιαφορία και έλλειψη συναισθηματικού δεσμού, να επικαλείται αιφνιδίως το δικαίωμα επικοινωνίας της με αυτό, προκειμένου όχι να επανασυνδεθεί μαζί του αλλά να αποκλείσει για κάποιες ώρες την επαφή με τον έχοντα την επιμέλεια ανηλίκου⁶. Είναι γεγονός ότι τόσο ο ιδιοκτήτης του προαναφερθέντος οικοπέδου όσο και η μητέρα «μπορούν» κατά την έννομη τάξη μας να ασκήσουν τα προαναφερθέντα –αποδοθέντα από την πολιτεία μας– δικαιώματά τους. Πρέπει όμως να τα ασκήσουν;

Ορθά αναρωτιέται ο *Θεράπος* «τις η αξία του τεθειμένου κανόνος οσάκις έρχεται εις

1. Κλαμαρής, Η καταχρηστική άσκησης δικαιώματος εν τω αστικώ δικονομικώ δικαίω Τομ. Β' (1980), σ. 351, 356

2. *Αυτόθι*, σ. 388 επ.

3. Το άρθρο 281 του Α.Κ. (1951).

4. *Αυτόθι*, σ. 376.

5. Το παράδειγμα από τον *Θεράπο*, Το άρθρο 281 του Α.Κ. (1951), σ. 248. Για την πραγματική δουλειά του «μη υψούν» πρβλ. ΕιρΙΚαρ 62/2001, ΝοΒ 2001, 1005-1007.

6. ΜΠρΛιβ 44/1990, ΕλλΔνη 1990, 1081.

αντίθεσιν προς κανόνα φυσικού δικαίου;»⁷. Ο πρώτος κανόνας επιδιώκει την νομική ασφάλεια, ενώ ο δεύτερος την δικαιοσύνη. Η έννομη τάξη προτάσσει την πρώτη έναντι της δεύτερης. Η απόκτηση της αξίας της δικαιοσύνης δεν πρέπει να πραγματοποιείται με δαπάνες της νομικής ασφάλειας⁸. Η έννομη τάξη μας ορθώς επιδιώκει την ταύτιση ουσιαστικής δικαιοσύνης και νομικής ασφάλειας.

Εάν στην άγρια φύση ποτέ δεν επιδιώκεται η αφαίρεση της ζωής παρά μόνο χάριν προστασίας κάποιας άλλης, τότε πολύ περισσότερο σε μια ευνομούμενη Πολιτεία δεν πρέπει να επιτρέπεται η προσβολή του δικαιώματος ή των συμφερόντων του διπλανού μας, παρά μόνο εάν αυτή είναι απαραίτητη προκειμένου να ικανοποιηθεί κάποιο δικαίωμα ή έννομο συμφέρον του επικαλούμενου αυτό προσώπου. Εν ολίγοις, η ελευθερία δράσης ενός προσώπου θα πρέπει να έχει ως όριο την προστασία των αγαθών του άλλου προσώπου⁹. Μια άσκηση εξουσίας ή ακριβέστερα δικαιώματος μόνο προς βλάβη τρίτων χωρίς καμία άλλη σκοπιμότητα θα δημιουργούσε μια κοινωνία μωρότερη από εκείνη του ζωικού βασιλείου και γι' αυτό δεν μπορεί να επιτραπεί.

Οι Ρωμαίοι είναι οι πρώτοι, οι οποίοι απαγορεύουν τέτοιου είδους καταστροφικές συμπεριφορές με την πρόβλεψη της *exceptio doli generalis*, την οποία μπορεί να επικαλεστεί ο εναγόμενος για να προστατευτεί από εμφανώς ανταγωνιστικές ενέργειες (*aemulatio*)¹⁰. Βασική αρχή της *exceptio* αυτής ήταν ότι «δεν πρέπει να γίνεται κακή χρήση του δικαιώματος»¹¹. Παράδειγμα κατάχρησης δικαιώματος αποτελούσε η χωρίς λόγο φόνευση ιδίου δούλου, η οποία θεωρήθηκε ότι πρέπει να τιμωρείτο, όπως η φόνευση ξένου δούλου. Δούλοι, οι οποίοι καταφεύγουν σε ναούς ή βασιλικά αγάλματα, δεν επιτρέπεται να φονευθούν από τον κύριο παρά μόνο εάν αυτός ήταν αναγκασμένος¹². Προς αποφυγή καταχρηστικής άσκησης «αφαιρείται από τον σπαταλόντα, η διοίκηση της περιουσίας του» υπό ρωμαϊκό δίκαιο¹³. Οι προαναφερθείσες ρυθμίσεις του ρωμαϊκού δικαίου υπήχθησαν στην *exception doli generalis*, η οποία αν και έπεσε σε αχρησία κατά το ύστερο ρωμαϊκό δίκαιο, αναβίωσε με τις μελέτες του Savigny και διατηρείται μέχρι σήμερα στο γερμανικό δίκαιο, μέσω του άρθρου 226 γερμΑΚ κατά το οποίο «απαγορεύεται η άσκηση δικαιώματος όταν έχει αποκλειστικό σκοπό, την πρόκληση ζημίας σε άλλον»¹⁴.

7. Θεράπος, Το άρθρο 281 του Α.Κ. (1951), σ. 244. Έτσι και Απ. Γεωργιάδης, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου (2012), § 1, αρ 26.

8. Αυτόθι

9. Ι.Καράκωστας, Το δίκαιο της προσωπικότητας (2012), σ. 76.

10. Mac.D. 50, 10, 3. Βλ. όμως και την αντίθετη αρχή, ότι δηλ. δεν συμπεριφέρεται κακόπιστα, όποιος ασκεί δικαίωμά του (*Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*: Gai. D. 50, 17, 55) συνοπτικά Kaser/Knütel, § 5, αρ. 15 και αναλυτικά Κιτσάκης, *Exceptio doli generalis* και καταχρηστική άσκηση δικαιώματος, Digesta 2010, 88-109.

11. *Male enim nostro iure uti non debemus* (Gai. Inst. 1, 53).

12. Gai. Inst. 1, 53. Η *exception doli generalis* μπορεί να προβληθεί όταν εκμεταλλεύεται κάποιος τη συμβατική ελευθερία προκειμένου μέσω πλάνης, απάτης ή άσκησης εξουσίας επιδιώκει την κατίσχυση, παραπλάνηση ή εξαπάτηση του αντισυμβαλλόμενου (*itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam Paul. D. 4, 3, 18 pr., 1 και 4*). Βλ. αναλυτικότερα Kaser/Knütel, § 8, αρ. 35 επ. και § 33, αρ. 15.

13. *Qua ratione et prodigies interdictur bonorum suorum administration* (Gai. Inst. 1, 53).

14. Για τη νομική φύση της *exception doli generalis* αλλά και πολυάριθμα παραδείγματα εφαρμογής της από την γερμανική νομολογία βλ. Κιτσάκη, *Exceptio doli generalis* και καταχρηστική

Β. Όροι του πραγματικού στην ΑΚ 281

Ι. Το Δίλημμα: δόλος και βλάβη ή σκοπός και συμφέρον;

Τόσο στο ρωμαϊκό, όσο και στο νεότερο γερμανικό δίκαιο, η ψυχική διάθεση του ασκούντος το δικαίωμα αποτελεί ένα καθοριστικό κριτήριο για την αποδοχή της καταχρηστικότητας. Το ρωμαϊκό δίκαιο είναι επηρεασμένο από την ρήση *malitii non est indulgentem*¹⁵, ενώ το γερμανικό από την θεωρία περί σκοπού του κανόνα δικαίου του *Jhering*¹⁶. Το προαναφερθέν άρθρο 226 γερμΑΚ¹⁷ αποτελεί ουσιαστικά έναν συνδυασμό της θεωρίας του σκοπού με τη ρωμαϊκή παράδοση, η οποία εξετάζει την ψυχική διάθεση του ασκούντος το δικαίωμα. Η εφαρμογή του εν λόγω άρθρου προϋποθέτει δόλο, και ειδικότερα η άσκηση δικαιώματος να έχει ως «αποκλειστικό σκοπό» την πρόκληση ζημίας. Η κατάχρηση δηλ. εξετάζεται καθαρά με υποκειμενικά κριτήρια: την εσωτερική ψυχική διάθεση¹⁸ του δικαιούχου και την ζημία του άλλου. Η ρύθμιση βρίσκεται σε αρμονία με την αρχή της υπαιτιότητας που διέπει το σύνολο της αστικής ευθύνης, είναι όμως αρκετά περιορισμένη διότι απαιτεί απόδειξη, πέραν της ζημίας, και συγκεκριμένου βαθμού δόλου με αποτέλεσμα να μένουν εκτός προστατευτικού πεδίου της διάταξης περιπτώσεις χρή-ζουσες προστασίας.

Στο προαναφερθέν παράδειγμα της δημιουργίας πελώριου τοίχου, τι γίνεται όταν ο ιδιοκτήτης, αφαιρώντας το οπτικό πεδίο του γείτονα επιδιώκει πέρα από να τον αναγκάσει να πωλήσει το οικοπέδο και να εξασφαλίσει (κατά τους ισχυρισμούς του) εργασία στους άνεργους εργάτες της περιοχής του οι οποίοι ανέλαβαν να κατασκευάσουν αυτόν τον τοίχο; Κατά το γερμανικό δίκαιο δεν θα αποτελούσε αυτή η άσκηση του δικαιώματος της ιδιοκτησίας κατάχρηση αφού δεν είναι *αποκλειστικός σκοπός* του η βλάβη του γείτονα¹⁹. Κατά συνέπεια η γερμανική ρύθμιση έχει στενότερο ρυθμιστικό πεδίο από την αντίστοιχη ελληνική. Ενδεικτικό παράδειγμα συνιστά η απαγόρευση της χήρας και ιδιοκτήτριας τάφου, όπου κείται ο νεκρός σύζυγος της, προς την μητέρα του τελευταίου να αφήνει αντικείμενα πάνω στον τάφο του²⁰. Αυτή η πράξη της χήρας κρίθηκε από γερμανικό Ειρηνοδικείο ότι δεν πληρεί τους όρους του άρθρου 226 του γερμΑΚ, διότι δεν γίνεται με αποκλειστικό κριτήριο την βλάβη της μητέρας του νεκρού. Αντίθετα τα ελληνικά δικαστήρια θα δέχονταν την ένσταση καταχρηστικότητας, διότι η προαναφερθείσα ενέργεια αφενός υπερβαίνει προφανώς τον οικονομικό και κοινωνικό σκοπό της κυριότητας επί του τάφου, που είναι η εξασφάλιση ενός αξιοπρεπούς μέρους προστασίας του νεκρού

άσκηση δικαιώματος, *Digesta* 2010, 88, 89-93 και 97-107.

15. Δηλ. «δεν είναι υποχρεωμένος κανείς να δέχεται την κακή πρόθεση του άλλου».

16. Βλ. χαρακτηριστικά *v. Jhering*, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 1 Aufl. 1862Β1865 9η/10η έκδοση 1968, τόμος II 2, σ. 327, επ., 357 επ. και 371 επ.

17. Άρθρο 226 γερμ. ΑΚ: Απαγόρευση κατάχρησης. Η άσκηση ενός δικαιώματος είναι ανεπίτρεπτη, όταν έχει ως μόνο σκοπό να προκαλέσει ζημιά σε άλλον.

18. Εδώ η εσωτερική (ενδιάθετη) κατάσταση νοείται ως υποκειμενική καλή πίστη, δηλαδή έχει πρωτίτως γνωστικό χαρακτήρα. Επομένως η (υποκειμενική) κακή πίστη ταυτίζεται συνήθως με τον δόλο οποιουδήποτε βαθμού. Βλ. αναλυτικά για την καλή πίστη ως ενδιάθετη κατάσταση *Κουμάντο*, η υποκειμενική καλή πίστη σ. 67 επ. και ειδικότερα για τη σχέση καλής πίστης-υπαιτιότητας σ. 183 επ.

19. Βλ. ως παράδειγμα την απόφαση του Εφετείου Φρανκφούρτης NJW 1979, 1613.

20. Το παράδειγμα από το Ειρηνοδικείο Levenbroich NJW 1998, 2063-2064.

σώματος αλλά αφετέρου και κατά κύριο λόγο αντίκειται στην καλή πίστη, αφού η σύζυγος δεν λαμβάνει καθόλου υπόψη τα (ηθικά) συμφέροντα της μητέρας του νεκρού.

Επιτυχέστερη εμφανίζεται ως προς αυτό το σημείο η νομολογιακά καθιερωμένη στη Γαλλία κατάχρηση δικαιώματος όρος της οποίας δεν είναι ο αποκλειστικός δόλος ως προς την μέσω άσκησης δικαιώματος πρόκληση ζημίας²¹. Το γαλλικό Ανώτατο Ακυρωτικό εξετάζει πέραν του δόλου και την «αποδοκιμαστέα επιπολαιότητα» (*légèreté blâmable*) του ασκούντος το δικαίωμα ή την «κακοπιστία» του (*mauvaise foi*). Ως χαρακτηριστικό παράδειγμα αναφέρεται η άσκηση του δικαιώματος του ιδιοκτήτη να απαγορεύσει μετάλλαξη ή ανακαίνιση μισθωμένου πράγματος με αποτέλεσμα –και όχι σκοπό– την πρόκληση ζημίας στον μισθωτή. Σε αυτή την περίπτωση, κατά το Ανώτατο Ακυρωτικό Δικαστήριο (γαλλΑΚ 1723-1724), ο ιδιοκτήτης άσκησε καταχρηστικά το δικαίωμα του παρά το γεγονός ότι δεν επιδίωκε τη βλάβη του μισθωτή, διότι έδρασε με αποδοκιμαστέα επιπολαιότητα και κακοπιστία²². Πιο περιορισμένη είναι η νεότερη άποψη της γαλλικής θεωρίας²³ κατά την οποία καταχρηστική θεωρείται η άσκηση δικαιώματος, η οποία αντίκειται στον οικονομικό και κοινωνικό σκοπό του δικαιώματος. Υπό αυτήν την οπτική γωνία, ο σκοπός της σύμβασης εργασίας ή έργου (ανέγερσης τοίχου) δεν μπορεί να είναι, έστω και παραπλεύρως, η πώληση ενός οικοπέδου. Η σύναψη δηλ. σύμβασης έργου ή εργασίας προκειμένου να ανορθωθεί πελώριος άχρηστος τοίχος, έτσι ώστε ο γείτονας να οδηγηθεί σε βεβιασμένη πώληση ακινήτου, σίγουρα υπερβαίνει τα όρια του κοινωνικού σκοπού της σύμβασης εργασίας. Ο σκοπός των εν λόγω συμβάσεων πρέπει να συνίσταται στην παραγωγική απασχόληση και όχι στην πρόκληση ζημίας σε τρίτον.

Ο Έλληνας συντάκτης του Αστικού Κώδικα εξήρτησε το πραγματικό της ΑΚ 281 από αντικειμενικά στοιχεία²⁴, ακολουθώντας τη νεότερη γαλλική θεωρία περί κατάχρησης δικαιωμάτων του *Louis Josserand*²⁵. Με αυτό τον τρόπο απεξάρτησε την κατάχρηση από την δυσαπόδεικτη ψυχική διάθεση του ασκούντος το δικαίωμα. Επίσης αποσυνέδεσε την κατάχρηση από την ύπαρξη ή όχι βλάβης σε άλλο πρόσωπο. Τα πλεονεκτήματα αυτής της αποσύνδεσης είναι σημαντικά ιδιαίτερα στο πλαίσιο προστασίας του περιβάλλοντος όπου είναι δυσαπόδεικτη η άμεση βλάβη τρίτου. Για παράδειγμα η επιλογή του τρόπου καταστροφής φιαλών αλουμινίου που εμπεριέχουν προωθητικά αέρια αποτελεί ένα δικαίωμα του ιδιοκτήτη τους. Όταν όμως αυτός επιλέγει τον πιο βλαπτικό για το περιβάλλον

21. Η πρόταση για εφαρμογή της κατάχρησης δικαιώματος στο γαλλικό δίκαιο αποδίδεται κυρίως στον *Saleilles*, "De l'abus de droit, Rapport présenté à la 1re. Sous-commission de la Commission de la revision du Code civil", in: *Bulletin de la Société d'études législatives* (1905), 325. Αρχικά έγινε δεκτή για τις διαρκείς συμβάσεις και κατόπιν και για λοιπές συμβατικές κατηγορίες. Βλ. Com. 15. Dex. 1969, Bull. Civ IV, no. 384 και Civ 2e, 16 nov. 1953: D. 1956. 154, note *Friedel* και *Dalloz Code Civil* (2012) υπό I B 2o.

22. Βλ. ενδεικτικά για τη μεταστροφή αυτή *Cour de Cassation Civ.* 3e 11 oct. 1971, D. 1972. 210 – *Pirovano*, D. 1972, Chron. 67.

23. Με κύριο εκπρόσωπο τον *Josserand*, *De l'esprit des droits et leurs relativité*² (1939), *passim*.

24. Βλ. ενδεικτικά την ΑΠ 351/2004, ΝοΒ 2005, 469, η οποία κάνει λόγο για «αντικειμενικά όρια» του ΑΚ 281.

25. Ο *Josserand* προέβη σε μια ευρύτατη κατηγοριοποίηση δικαιωμάτων και υποστήριξε ότι υφίσταται καταχρηστική άσκηση και όταν υφίσταται βούληση αποκλειστικά για πρόκληση ζημίας μέσω της άσκησης αυτής *Droit des obligations de Rémy Cabrillac 7e édition, Dalloz* σελ. 191.

τρόπο αν και δεν αποσκοπεί σε βλάβη τρίτων, υπερβαίνει προφανώς τα όρια του κοινωνικού και οικονομικού σκοπού του δικαιώματος. Όταν αυτός προτιμάει να τις κάψει, αν και δεν προκαλεί ούτε αποσκοπεί σε βλάβη τρίτων, υπερβαίνει προφανώς τα όρια του κοινωνικού και οικονομικού σκοπού της ιδιοκτησίας, καθώς επιλέγει τον πιο βλαπτικό για το περιβάλλον τρόπο καταστροφής τους. Τέτοιες περιπτώσεις δεν προστατεύονται από τον γερμανικό Αστικό Κώδικα, ούτε από μέρος της γαλλικής θεωρίας και νομολογίας, η οποία συνδέει την κατάχρηση με τον δόλο και την βλάβη τρίτου. Αντίθετα, καλύπτονται από το ρυθμιστικό πεδίο της ΑΚ 281.

Όπως η θεωρία του *v.Jhering* περί σκοπού του κανόνα δικαίου και των δικαιωμάτων, βρίσκεται ένα βήμα δίπλα στην θεωρία των συμφερόντων (*Interessenjurisprudenz*) του *Heck*²⁶, έτσι και το γράμμα της ΑΚ 281 κάνοντας μνεία για «σκοπό» ουσιαστικά ανοίγει τον δρόμο για την εφαρμογή της θεωρίας της στάθμισης συμφερόντων²⁷. Προκειμένου ο δικαστής να εφαρμόσει την ΑΚ 281 πρέπει να φανεί πιο έξυπνος από τον νομοθέτη²⁸ και να ανακαλύψει το συμφέρον, το οποίο προσπάθησε ο νομοθέτης μέσω της αναγνώρισης του σχετικού δικαιώματος να ικανοποιήσει. Στην ουσία, με την αναγνώριση του -λανθάνοντος στο ασκούμενο δικαίωμα- συμφέροντος, ο δικαστής προσπαθεί να υλοποιήσει την πραγματική βούληση του νομοθέτη με μια αξιολογικά ελέγξιμη μεθοδολογία. Πώς όμως, θα αντιληφθεί κατ' αρχήν ποιού είδους συμφέρον λανθάνει στο ασκούμενο δικαίωμα και εν συνεχεία πώς θα εντοπίσει τα όρια του; Την απάντηση δίνει η θεωρία των συμφερόντων περιουσιακά και μη, όπως ακριβώς και η ΑΚ 281 αντίστοιχα αναφέρεται σε περιουσιακό («οικονομικό») και μη περιουσιακό («κοινωνικό») σκοπό του δικαιώματος. Ο ακριβής χαρακτηρισμός του συμφέροντος (π.χ. ασφάλεια συναλλαγών, προστασία περιβάλλοντος, οικονομική ωφέλεια) θα προσδιορίσει και τα όρια της άσκησης του δικαιώματος εντός του οποίου αυτό λανθάνει. Γι' αυτόν ακριβώς τον λόγο, η νομολογία, κατά την εφαρμογή της ΑΚ 281, χρησιμοποιεί κατά κόρον τον όρο «συμφέρον»²⁹. Ο όρος «οικονομικό συμφέρον» συνιστά το κύριο αντικείμενο του Ιδιωτικού Δικαίου και γι' αυτό είναι ευχερές να αποσαφηνιστεί. Αντίθετα, ο όρος «κοινωνικό συμφέρον» αναφέρεται κυρίως σε μη περιουσιακά, «αλτρουιστικά»³⁰ δικαιώματα, όπως αυτά του οικογενειακού δικαίου (π.χ. γονικής μέριμνας και επιμέλειας).

26. *Interessenjurisprudenz* (1933), σ. 13 επ.

27. Την επιρροή της θεωρίας του *Jhering* επί του οικονομικού κριτηρίου της ΑΚ 281 τονίζει και ο *Θεράππος*, Το άρθρο 281 του Α.Κ. (1951), σ. 244.

28. Κατά τη γνωστή ρήση του *Radbruch* ότι «ο εφαρμοστής του νόμου μπορεί να τον καταλάβει καλύτερα από τον δημιουργό του· ο νόμος μπορεί να είναι πιο έξυπνος από τον δημιουργό του - μάλλον πρέπει να είναι πιο έξυπνος από τον δημιουργό του»· *Rechtsphilosophie* (2003), σ. 107. Προς την ίδια κατεύθυνση και η φράση του *Πλάτωνα* «ταυτόν δ' έργον ξυνυπηρετῇ δει τω νομοθέτῃ τον δικαστήν», *Νόμοι* 11,934. Πρβλ. ενδεικτικά από τη νομολογία την ΕιρΑθ 340/2012 (αδμ) αναφορικά με χαρακτηρισμό ΓΟΣ ασφαλιστηρίου συμβολαίου ως άκυρη λόγω καταχρηστικότητας «λαμβάνοντας υπόψη κατά κύριο λόγο, το συμφέρον του καταναλωτή», «εξετάζεται ποιο είναι το συμφέρον του μεν προμηθευτή προς διατήρηση του συγκεκριμένου όρου που ελέγχεται και ποίο εκείνο του καταναλωτή προς κατάργησή του».

29. Από τη γαλλική νομολογία βλ. χαρακτηριστικά αναφορικά με την επίκληση ρήτρας μη επανεισφοράς φαρμακευτικού εργασιτηρίου, σε περιοχή όπου πωλήθηκε αντίστοιχη επιχείρηση Cour de Cassation Civ. 1re, 19 nov. 1996; Bull. civ. I, n° 404; RTD civ 1997. 156 obs. *Gautier*.

30. *Θεράππος*, Το άρθρο 281 του Α.Κ. (1951), σ. 250.

Εν όψει των παραπάνω, ο εφαρμοστής του δικαίου καλείται να εξετάσει και ενδεχομένως να απορρίψει την άσκηση ενός δικαιώματος, η οποία διενεργείται είτε χωρίς επιδίωξη ικανοποίησης συμφέροντος είτε χάριν απλής διασκέδασης και αδιαφορίας. «Η άσκησης [δικαιώματος] λαμβάνει την αξίαν της εκ των ωφελειών, τας οποίας προσπορίζει εις τον προβαίνοντα σε αυτήν»³¹. Ορθά επομένως, θεωρείται από τη νομολογία καταχρηστική η άσκηση πραγματικής δουλείας διόδου, όταν το δεσπόζον ακίνητο έχει αποκτήσει πλέον αυτάρκεια και δε χρειάζεται δίοδο μέσω του δουλεύοντος³². Η δουλεία διόδου καλείται να υπηρετήσει περιουσιακά ή μη περιουσιακά συμφέροντα, μόνο εφόσον αυτά δεν μπορούν να ικανοποιηθούν με ήδη υπάρχουσα οδό ή με άλλη μορφή διόδου και θα πρέπει να αποφεύγεται η βλάβη που αυτή προκαλεί στην ξένη ιδιοκτησία, όταν αυτή είναι περιττή³³. Επίσης, ορθώς τίθεται νομολογιακά ως κριτήριο η ύπαρξη «μεγάλης ωφέλειας» για τον χαρακτηρισμό ως καταχρηστικής της τοποθέτησης ηλιακού θερμοσίφωνα στο δώμα πολυκατοικίας³⁴ ή από τη δημιουργία καλαισθητού στεγάστρου προς προστασία διαιρεμένων ιδιοκτησιών της πρόσοψης από τον αέρα, τη βροχή και την υγρασία (παράδειγμα από τη θεωρία)³⁵. Κατά τον ίδιο τρόπο, ορθή είναι η απαίτηση από νομολογία³⁶ και θεωρία³⁷, της απόδειξης της «υπέρμετρης διατάραξης της ισορροπίας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων σε βάρος του καταναλωτή», προκειμένου οι ΓΟΣ να χαρακτηριστούν ως καταχρηστικοί και κατ' επέκταση άκυροι.

Καθίσταται επομένως σαφές, ότι η άνευ λόγου άσκηση δικαιωμάτων από τον φορέα τους αποδοκιμάζεται από το δίκαιο. Σε καμία όμως περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί, ότι το κριτήριο αυτό επιτάσσει στον δικαστή να αποκαταστήσει μια «ισορροπία των συμφερόντων», όπως υποστηρίζει ο *Θεράπος*³⁸. Αυτή είναι μια τεχνική που θα μπορούσε να γίνει δεκτή μόνο κατά την εφαρμογή του όρου της «καλής πίστης» στην ΑΚ 281, για την οποία θα γίνει λόγος παρακάτω. Ορθά επομένως επικαλείται η θεωρία την καλή πίστη, και όχι τον οικονομικό και κοινωνικό σκοπό του δικαιώματος όταν προσπαθεί να σταθμίσει συμφέροντα³⁹.

31. *Θεράπος*, Το άρθρο 281 του Α.Κ. (1951), σ. 249.

32. ΑΠ 1796/2009· ΕλλΔνη 2010, 723· 1894/2009· 972/2008 και 1360/2006 όλες σε ΤΝΠ Νόμος.

33. Πρβλ. ΕιρΦλωρ 98/2002, Αρμ 2003, 1593 (επιλογή ευνοϊκότερης για το δουλεύον διόδου προκειμένου να ενωθεί αγροτεμάχιο με την πλησιέστερη αγροτική οδό).

34. ΕφΑθ 9555/1983, ΕπΔΠολ 1984, 180 = ΤΝΠ Νόμος. Πρβλ. και ΕφΑθ 2487/1992, ΕπΔΠολ 1992, 213 = ΤΝΠ Νόμος.

35. Το παράδειγμα αναφέρεται από τον *Αλικάκο*, Κατάχρηση εμπράγματος δικαιώματος (2007), σ. 155.

36. Ενδεικτικά ΕιρΑθ 340/2012 (αδημ.).

37. *Ι. Καράκωστας*, Δίκαιο Προστασίας του Καταναλωτή (2008), άρθρο 2 αρ. 107 και αναλυτικότερα 116-117.

38. *Θεράπος*, Το άρθρο 281 της Α.Κ. (1951), σ. 249. Τη θέση αυτή ακολουθεί και μέρος της νομολογίας, όπως τονίζει ο *Αλικάκος*, Κατάχρηση εμπράγματος δικαιώματος (2007), σ. 152, υπ. 470 με παραπομπές σε αποφάσεις των δεκαετιών του '80 και '90 και φαίνεται να ενστερνίζεται κι ο ίδιος στη σ. 156. Βλ. χαρακτηριστικά ΕιρΦλωρ 98/2002, Αρμ 2003, 1593 (επιλογή –ευνοϊκότερης για το δουλεύον– διόδου, προκειμένου να ενωθεί αγροτεμάχιο με την πλησιέστερη αγροτική οδό).

39. Βλ. χαρακτηριστικά αναφορικά με την αξίωση δαπανών στην ΑΚ 1101 επ. και 1104 § 2 εδ. 2· *Παντελίδου*, Αξίωση δαπανών και διεκδίκηση² (2006), σ. 27-32 και 167-169 αντίστοιχα με παραπομπές σε *Τούση*, *Ράμμο* και *Απ. Γεωργιάδη*.

Συχνά, η εξέταση «κοινωνικού και οικονομικού σκοπού του δικαιώματος» οδηγεί στο ίδιο αποτέλεσμα με την *exceptio doli generalis* ή το *Schickanenverbot*. Σχετική είναι η υπ' αριθμ. 1265/2007 απόφαση του Αρείου Πάγου⁴⁰ κατά την οποία ο κύριος του δεσπόζοντος ακινήτου επέμενε στη διατήρηση πραγματικής δουλείας διόδου 3,5 μέτρων στο μέσο ακινήτου που προοριζόταν για ξενοδοχειακή μονάδα. Η απαίτηση του κυρίου του δεσπόζοντος ακινήτου για διατήρηση της δουλείας διόδου ως ήταν θα είχε ως αποτέλεσμα ο δικαιούχος της δουλείας διόδου να διέρχεται από το μέσο του ακινήτου δημιουργώντας κίνδυνο ακαταλληλότητας του οικοπέδου για τη λειτουργία ξενοδοχείου. Ανεξάρτητα από το εάν ο σκοπός αυτού του δικαιώματος πραγματικής δουλείας που αναγνωρίζεται στις ΑΚ 1118-1120 και 1124 επ. είναι κοινωνικός (ταχεία επικοινωνία με κεντρικούς δρόμους εκτός ακινήτου) ή οικονομικός (οικονομική αξιοποίηση ακινήτου), σίγουρα δεν μπορεί να υλοποιηθεί κατά τρόπο, ο οποίος να ικανοποιεί αποκλειστικά προτιμήσεις ή επιλογές του κυρίου του δεσπόζοντος ακινήτου. Ορθώς επομένως έκρινε ο Άρειος Πάγος σε αυτή την περίπτωση, ότι η απαίτηση του κυρίου του δεσπόζοντος ακινήτου να ασκεί από τη μέση του δουλεύοντος ακινήτου τη δουλεία διόδου, –στο οποίο έχει πλέον ανεγερθεί πολυτελής ξενοδοχειακή μονάδα με γήπεδα αντισφαίρισης και κολυμβητικές δεξαμενές– υπερβαίνει προφανώς τον σκοπό του δικαιώματος δουλείας, και επομένως είναι καταχρηστική. Σε αυτό το παράδειγμα και η ρωμαϊκή ή γερμανική νομολογία θα κατέληγε στο ίδιο αποτέλεσμα. Στο βαθμό δηλ. που ο κύριος του δεσπόζοντος ακινήτου μπορούσε να ικανοποιηθεί με άλλο τρόπο και επιπλέον γνώριζε ότι η εμμονή του στην διατήρηση της δουλείας διόδου στο κέντρο του οικοπέδου αποτρέποντας την τουριστική του εκμετάλλευση, προφανώς είχε βούληση πρόκλησης βλάβης στον κύριο του δουλεύοντος ακινήτου. Κατά συνέπεια θα γινόταν δεκτή η *exceptio doli generalis* ή το *Schickanenverbot*, στις αντίστοιχες έννομες τάξεις.

Υπάρχουν όμως και περιπτώσεις οι οποίες δεν καλύπτονται από τη γερμανική ρύθμιση αλλά από την ελληνική. Σε αυτές ανήκει η περίπτωση, όπου επιδιώκεται με αγωγή των κληρονόμων η ακύρωση γάμου μετά τον θάνατο συζύγου, με σκοπό την αύξηση του ατομικού κληρονομικού τους μεριδίου. Η Ολομέλεια του Αρείου Πάγου έχει κρίνει σε τέτοια περίπτωση ότι το δικαίωμα ακύρωσης γάμου (λόγω π.χ κωλύματος συγγένειας εξ αίματος) ασκείται καταχρηστικά, διότι υπερβαίνει τον κοινωνικό σκοπό που αυτό εξυπηρετεί, καθώς το μεταλλάσσει, αντίθετα με τη νομική φύση του, σε ένα καθαρά οικονομικό δικαίωμα⁴¹. Από τον χώρο του εμπραγμάτου δικαίου άξίες αναφοράς είναι οι περιπτώσεις περιορισμών που τίθενται σε κανονισμούς πολυκατοικιών για τη χρήση κοινών μερών, παραβιάζοντας τη χρήση αυτών από τους συνιδιοκτήτες· τέτοιοι περιορισμοί εμπίπτουν στο προστατευτικό πεδίο της ΑΚ 281 αλλά όχι της γερμΑΚ 226. Τα δικαιώματα που γεννώνται από τους κανονισμούς πολυκατοικίας έχουν έναν κοινωνικοοικονομικό σκοπό προστασίας της ορθής και καλύτερης δυνατής χρήσης της πολυκατοικίας προς κοινό όφελος. Η επίκληση της απαγόρευσης του κανονισμού πολυκατοικίας αναφορικά με τη μετατροπή οικιών σε εμπορικά καταστήματα έχει σκοπό την καλύτερη κοινή απόλαυση των κατοικιών. Όταν όμως, λόγω αλλαγής συνθηκών (κίνηση τροχοφόρων, συγκεντρώσεις νεαρών με δίτροχα στα περίξ) είναι αδύνατη πλέον η χρήση τους ως κατοικιών, θα ήταν

40. ΕφΑΔ 2008, 295 = ΧριΔ 2008, 221 = ΤΝΠ Νόμος.

41. Βλ. ΟΛΑΠ 1810/1986 ΝοΒ 1987, 1613.

αντίθετη προς τον κοινωνικό σκοπό του κανονισμού και εντεύθεν καταχρηστική η επίκληση της σχετικής απαγόρευσης. Ξεπερνά δηλαδή τα όρια των δικαιωμάτων που ιδρύονται στον κανονισμό, η θέση σε αχρησία ισόγειων κατοικιών. Το ίδιο ισχύει και για την τοποθέτηση υλικών τζακιού από ιδιοκτήτη διαμερίσματος σε κοινόχρηστο δώμα για άπλωμα ρούχων και καθαρισμό ταπής. Η τοποθέτηση στο δώμα των παραπάνω υλικών υπερβαίνει προφανώς το –εκ του κανονισμού– δικαίωμα κοινής χρήσης κοινόκτητων χώρων της οικοδομής⁴².

II. Ένα επιπλέον κριτήριο: η καλή πίστη

Η προσθήκη του όρου της καλής πίστης⁴³ διευρύνει ακόμα περισσότερο το προστατευτικό πεδίο του θεσμού της κατάχρησης δικαιώματος στο ελληνικό δίκαιο. Βέβαια, η χρήση του όρου αυτού (*bona fide*) ήταν στενά συνδεδεμένη με την καταχρηστική άσκηση δικαιώματος και στο πλαίσιο της ένστασης καταχρηστικότητας του ρωμαϊκού δικαίου, στην προαναφερθείσα *exception doli generalis*⁴⁴. Όπως ορθά υποστηρίζει ο Σταθόπουλος⁴⁵ η ομαλή εξέλιξη των εννόμων σχέσεων προϋποθέτει μια αλληλεγγύη⁴⁶ και συνεργασία του δανειστή με τον οφειλέτη. Συνεργασία, σημαίνει ειλικρίνεια, αποφυγή υποκριτικών ενεργειών και πράξεων που καταστρατηγούν τα έννομα συμφέροντα του άλλου⁴⁷. Η καλή πίστη αποτελεί ουσιαστικά έκφραση της αρχής της εμπιστοσύνης, η οποία επιβάλει τη συνεργασία και εντιμότητα κατά την εξέλιξη των εννόμων σχέσεων και τη λήψη υπ' όψιν και των συμφερόντων του αντισυμβαλλομένου κατά την-εκπλήρωση υποχρεώσεων⁴⁸. Αυτή κατακτά –μέσω της ΑΚ 288– θέση βασικού κορμού στο δίκαιο των ενοχών και συχνά επεκτείνει τις υποχρεώσεις των συναλλασσομένων προς την καλύτερη ικανοποίηση των συμφερόντων τους⁴⁹. Αν και η καλή πίστη αποτελεί μια υποχρέωση που πρέπει να τηρούν και τα δυο μέρη, στο πλαίσιο της ΑΚ 281 εξετάζεται ως μέσο περιορισμού και όχι επέκτασης των ασκούμενων δικαιωμάτων⁵⁰.

42. ΕφΑθ 1933/2003, ΝοΒ 2003, 1041 και περαιτέρω παραδείγματα σε Αλικάκο, Κατάχρηση εμπράγματος δικαιώματος (2007), σ. 152, υπ. 473.

43. Η ενδιαφέρουσα διάκριση μεταξύ υποκειμενικής και καλής πίστης, της οποίας εμφανίζονται ως εκπρόσωποι ο Παπαντωνίου, Η καλή πίστις εις το αστικόν δίκαιον (1957) και ο Κουμάντος, Η υποκειμενική καλή πίστις (1958) αντίστοιχα φαίνεται πλέον στην πράξη να μην υφίσταται τουλάχιστον στο πλαίσιο του κληρονομικού δικαίου όπως υποστηρίζει η Παντελίδου, Η καλή πίστη στο κληρονομικό δίκαιο, ΝοΒ 2003, 1353-1366.

44. Βλ. εύληπτα σχετικά με την σχέση αυτή Κιτσάκη, *Exceptio doli generali* και καταχρηστική άσκηση δικαιώματος, Digesta 2010, 88, 99-103, Σουφλερός, Γενική αρχή της απαγόρευσης της κατάχρησης δικαιώματος και οι προϋποθέσεις εφαρμογής της προς απόκρουση δικαιωμάτων που απορρέουν από το κοινοτικό δίκαιο, ΔΕΕ 2, 1133.

45. Όπως χαρακτηριστικά αναφέρει ο Σταθόπουλος «η ηθική της ενοχής δε δικαιολογεί την πλήρη παραγνώριση των συμφερόντων του άλλου» Γενικό Ενοχικό Δίκαιο (2004), § 5, αρ. 2. Για την εξισορρόπηση συμφερόντων που επιδιώκεται μέσω της καλής πίστης βλ. και Παντελίδου, Η καλή πίστη στο κληρονομικό δίκαιο, ΝοΒ 2003, 1353.

46. Στη γαλλική θεωρία η υποχρέωση καλής πίστης θεωρείται συνώνυμο της υποχρέωσης αλληλεγγύης έτσι *Bénabent*, Droit Civil. Les obligations¹³ (2011), αρ. 285.

47. Αυτόθι, αρ. 12

48. Βλ. αντί άλλων Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο (2004), § 5 αρ. 2.

49. Βλ. συνοπτικά και χάριν παραδείγματος αναφορικά με τη νομική ισχύ των ιατρικών πιστοποιητικών Λασκαρίδη, Digesta 2009, 357, 358.

50. *Bénabent*, Droit Civil. Les obligations¹³ (2011), αρ. 285. Την ίδια περιοριστική λειτουργία

Ειδικότερα, πρέπει να σημειωθεί ότι με τον όρο καλή πίστη δεν νοείται η υποκειμενική καλή πίστη, ήτοι η ενδιάθετη κατάσταση του προσώπου που αγνοεί την ύπαρξη κάποιων στοιχείων⁵¹ (όπως π.χ. στην περίπτωση της πλάνης κατά την ΑΚ 140), αλλά η αντικειμενική καλή πίστη. Νομοθετικές εκφράσεις της αρχής της (αντικειμενικής) καλής πίστης αποτελούν οι διατάξεις ΑΚ 588, 662, όπου ο εκμισθωτής και ο εργοδότης οφείλουν κατά την εκπλήρωση της παροχής τους να προστατεύουν την υγεία του μισθωτή και του εργαζομένου αντίστοιχα. Η αρχή της καλής πίστης είναι η μήτρα από την οποία γεννώνται αναρίθμητες παρεπόμενες υποχρεώσεις, οι οποίες αποσκοπούν στην καλύτερη προστασία του αντισυμβαλλομένου. Σε επίπεδο σύγκρουσης συμφερόντων, η αρχή της καλής πίστης επιτελεί μια ιδιόμορφη λειτουργία. Όχι μόνο προλαμβάνει τις συγκρούσεις, επιβάλλοντας την αμοιβαία εμπιστοσύνη και κατανόηση, αλλά επιτάσσει και την προστασία των συμφερόντων του αντισυμβαλλομένου. Αποτελεί επομένως με βεβαιότητα, μια αρχή που χαρακτηρίζει εξαιρετικά –κοινωνικά και ηθικά– ανεπτυγμένες κοινωνίες. Υπό την σκοπιά αυτή ο πωλητής δεν πρέπει μέσω αγοραπωλησίας να επιδιώκει μόνο την απόκτηση κέρδους (από την είσπραξη του τιμήματος), αλλά να διευκολύνει και την ικανοποίηση του άλλου μέρους. Για παράδειγμα, οφείλει να συσκευάζει το πωληθέν προϊόν ώστε να μην καταστρέφεται κατά τη μεταφορά και να ενημερώνει τον αγοραστή για τον ορθό τρόπο χρήσης του, ώστε να αποφευχθούν κίνδυνοι καταστροφής του ή βλάβης της υγείας του αγοραστή⁵².

Είναι εμφανές, κατά συνέπεια, ότι με τη χρήση της έννοιας της «καλής πίστης» ως όρο του πραγματικού στην ΑΚ 281 διευρύνεται ακόμα περισσότερο το προστατευτικό της πεδίο, ιδίως δε στον χώρο των συμβάσεων. Η ανάθεση, για παράδειγμα, καθηκόντων κατώτερης φύσης σε εργαζόμενο (π.χ. καθήκοντα γραμματέως σε διευθυντικό στέλεχος) δεν θα χαρακτηρίζονταν κατά κανόνα ως κατάχρηση δικαιώματος στο ρωμαϊκό ή γερμανικό δίκαιο (εκτός αν αποδεικνυόταν ότι ως «αποκλειστικός σκοπός» αυτής ήταν η βλάβη του εργαζομένου)⁵³. Το ίδιο ισχύει και για την απόλυση απειθαρχής υπαλλήλου, η οποία δεν μπορεί, κατ' αρχήν, να θεωρηθεί ότι έχει ως «αποκλειστικό σκοπό» τη βλάβη στον χώρο της εργασίας την αποκατάσταση του κλίματος πειθαρχίας⁵⁴. Εντούτοις, στο ελληνικό δίκαιο και υπό το πρίσμα της ΑΚ 281.

ασκεί η καλή πίστη και στο πλαίσιο του «συνυπολογισμού ζημίας και κέρδους». βλ. Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο (2004) § 9 αρ. 79-80 και Παναγιωτόπουλο, Συνυπολογισμός ζημίας και κέρδους (2010), σ. 114, 118, 124-126.

51. Απ. Γεωργιάδης σε Γεωργιάδη/Σταθόπουλο, άρθρο 281, αρ. 2 Για τον ορισμό της υποκειμενικής καλής πίστης βλ. Παπαντωνίου, Η καλή πίστις εις το αστικόν δίκαιον (1957), σ. 125· Κουμάντο, Η υποκειμενική καλή πίστις (1958), σ. 50 επ· Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο (2004), § 5 αρ. 14-15. Πρβλ. Παπανικολάου, Δικαιοπραξίες αντίθετες προς τα χρηστά ήθη (2012) αρ. 15-17, 37.

52. Οι υποχρεώσεις αυτές είχαν βέβαια μεγαλύτερη αξία προς της θέσης σε ισχύ του ν. 2251/1994 (προστασία καταναλωτή).

53. Βλ. ανάλυση άφθονων παραδειγμάτων για την εφαρμογή της *exception doli generali* από τα γερμανικά δικαστήρια σε Κιτσάκη, *Exceptio doli generali* και καταχρηστική άσκηση δικαιώματος, *Digesta* 2010, 88, 89-93.

54. Εφαθ 8054/1986, ΔΕΝ 1986, 1152. Πρβλ. όμως και Ζερδελή, Εργατικό Δίκαιο. Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις (2007), σ. 1149-1170 και Λεβέντη/Παπαδημητρίου, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο (2011), σ. 9-8-913 για την ανάγκη εφαρμογής ηπιότερων μέτρων σ' αυτές τις περιπτώσεις.

Επομένως ο Άρειος Πάγος ορθά έκρινε στην υπ' αριθμ. 224/1990⁵⁵ απόφασή του καταχρηστική την ανάθεση κατώτερων καθηκόντων στην προϊσταμένη της διεύθυνσης εκμεταλλεύσεως της επιχείρησης από τη διοίκηση, με αποτέλεσμα μετά την υποβάθμισή της αυτή να υποαπασχολείται. Η συγκεκριμένη διευθύντρια και πτυχιούχος της Σχολής Ξενοδοχειακών Επιχειρήσεων της Λωζάννης είχε υπηρετήσει σε αντίστοιχες διευθύνσεις μεγάλων ξενοδοχειακών μονάδων του εξωτερικού, γι' αυτόν ακριβώς τον λόγο, της ανατέθηκαν και διευθυντικά καθήκοντα σε μια τόσο σημαντική διεύθυνση, όπως αυτή της εκμεταλλεύσεως, στην οποία υπάγονται συνήθως η προώθηση της εταιρείας σε διεθνείς εκθέσεις και συνέδρια, ο προγραμματισμός και η διακίνηση διαφημιστικού υλικού, η τιμολογιακή πολιτική, η σύνταξη μελετών εκμεταλλεύσεως και η έρευνα περί αποδοτικότητας πιθανών νέων επενδύσεων. Στη θέση αυτή η εργαζόμενη μπόρεσε να αξιοποιήσει τον ζήλο και την εργατικότητα της, διαπραγματευόμενη, υπογράφοντας συμβόλαια και προϋπολογισμούς πωλήσεων και ιδρύοντας γραφεία εκπροσώπησης της εταιρείας στο εξωτερικό. Μετά από εννέα χρόνια εξαιρετικής συνεργασίας, το Διοικητικό Συμβούλιο της εταιρείας αποφάσισε να αλλάξει το οργανόγραμμά της και να της αναθέσει καθήκοντα διευθύντριας σε ξενοδοχείο στα Καμένα Βούρλα, το οποίο με βεβαιότητα δεν ανήκε στις μεγάλες ξενοδοχειακές μονάδες της εταιρείας, απομακρύνοντας την πλήρως και αποκλείοντας οποιαδήποτε επαφή της με το τμήμα εκμεταλλεύσεως. Το Ακυρωτικό Δικαστήριο ορθώς θεώρησε ότι κατά την καλή πίστη θα έπρεπε ο εργοδότης να λάβει υπόψιν τα συμφέροντα και της αντισυμβαλλομένης εργαζομένης και να μην την υποβιβάζει κατ' αυτόν τον τρόπο προσβάλλοντας την προσωπικότητά της. Θεώρησε δε την άσκηση του διευθυντικού δικαιώματος κατ' αυτό τον τρόπο καταχρηστική. Η καταχρηστική αυτή άσκηση δε θα μπορούσε να γίνει δεκτή εάν το γράμμα της ΑΚ 281 περιελάμβανε μόνο τον έλεγχο κατά το κριτήριο του «οικονομικού και κοινωνικού σκοπού του δικαιώματος», διότι το δικαίωμα του εργοδότη να δίνει οδηγίες περιλαμβάνει και την προαναφερθείσα αλλαγή καθηκόντων⁵⁶. Αντίθετα, η καλή πίστη καθιστά καταχρηστικές τις προαναφερθείσες πράξεις του εργοδότη, δηλαδή, την απόλυση για οικονομοτεχνικούς λόγους ή για την αποκατάσταση του κλίματος πειθαρχίας και συνεργασίας σε μια επιχείρηση, διότι επιτάσσει να λαμβάνεται υπ' όψιν και το συμφέρον του άλλου μέρους, ώστε να επιλέγεται το ηπιότερο μέτρο προς επίτευξη των προαναφερθέντων στόχων και συμφερόντων του εργοδότη, όπως για παράδειγμα η αλλαγή θέσης, η μερική απασχόληση, ακόμα και η τροποποιητική καταγγελία⁵⁷.

Η ελληνική νομολογία διαλέγει συχνά ένα εύκολο, αλλά δογματικά αμφισβητούμενης ορθότητας κριτήριο, για να διαπιστώσει την παραβίαση της αρχής της καλής πίστης: την πρόκληση βλάβης στα συμφέροντα ή δικαιώματα του άλλου. Αυτό συνάγεται από τα ακόλουθα νομολογιακά παραδείγματα όπου έκριναν καταχρηστική: α) την απεργία, η οποία θέτει σε κίνδυνο την οικονομική ευρωστία μιας επιχείρησης⁵⁸, β) την καταγγελία

55. ΔΕΝ 1991, 170 = ΕΕΝ 1990, 697 = ΕΕργΔ/1990, 515 = ΤΝΠ Νόμος.

56. Ζερδελής, Εργατικό Δίκαιο. Ατομικές εργασιακές σχέσεις (2007), σ. 642-643 και Λεβέντης/Παπαδημητρίου, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο (2011), σ. 357-358.

57. Έτσι ΑΠ 397/2004 ΝοΒ 2005, 664 = ΕΕργΔ 2004, 1279 = ΤΝΠ Νόμος και 351/2004, ΝοΒ 2005, 469 και ΕφΑθ 8054/1986, ΔΕΝ 1986, 1152.

58. ΑΠ 27/2004 ΝοΒ 2005, 84 = ΕλλΔνη 2004, 1341 = ΧρΙΔ 2004, 2012.

σύμβασης εργασίας αορίστου χρόνου εξαιτίας νόμιμης αναρρωτικής άδειας που είχε λάβει ο εργαζόμενος λόγω ασθένειας⁵⁹, γ) την αίτηση διαζυγίου όταν αυτή επάγεται ιδιαίτερα επαχθή οικονομική κατάσταση για τη σύζυγο ή τα ανήλικα τέκνα⁶⁰, δ) την άσκοπη καταδάνηση της κληρονομιάς από βεβαρυμμένο με καταπίστευμα προκειμένου –μέσω αθέμιτης άσκησης του δικαιώματος της ΑΚ 1939– να μην απομείνει τίποτε υπέρ του καταπιστευματοδόχου⁶¹, ε) την προαναφερθείσα απαίτηση εφαρμογής του κανονισμού πολυκατοικίας για μη μετατροπή των κατοικιών σε εμπορικά καταστήματα, όταν είναι πλέον αδύνατη η λειτουργία των ισογείων ως κατοικιών (και κάτι τέτοιο θα καθιστούσε άχρηστη την ιδιοκτησία)⁶² ή ακόμα και στ) τη δήλωση διαδίκου, ο οποίος με τις ασαφείς και διφορούμενες εκφράσεις του ζημιώνει τον αντίδικο του παρελκύνοντας τη δίκη. Σε όλες αυτές τις περιπτώσεις η ελληνική νομολογία κάνει λόγο για βούληση πρόκλησης βλάβης, ενώ αυτός ο όρος δεν υφίσταται στο πραγματικό της ΑΚ 281. Η πρόκληση βλάβης στον άλλο συνιστά όμως ως όρο του πραγματικού της γερμΑΚ 226. Κατά συνέπεια είναι λανθασμένη η αναδρομή στο κριτήριο της δόλιας πρόκλησης βλάβης, η οποία συνιστούσε προϋπόθεση άσκησης της *exceptio doli generalis* του βυζαντινορωμαϊκού δικαίου. Στη θέση της δόλιας πρόκλησης βλάβης η ΑΚ 281 θέτει ως κριτήριο την καλή πίστη. Το κριτήριο αυτό είναι ευρύτερο αλλά ενέχει τον κίνδυνο απαίτησης από τον δικαιούχο να λαμβάνει υπόψη τα συμφέροντα του αντισυμβαλλόμενου ή τρίτου εις βάρος των δικών του συμφερόντων.

Για παράδειγμα, το να συσκευάζει ή ενημερώνει εκτενώς ο πωλητής τον αγοραστή έχει ως αποτέλεσμα την απώλεια χρόνου και χρήματος για τον πρώτο. Το ίδιο και η εκτύπωση ενημερωτικών εντύπων. Έτσι όμως η καλή πίστη μπορεί να φτάσει μέχρι την εξαφάνιση των ατομικών συμφερόντων χάριν προστασίας του άλλου. Για να αποφευχθεί κάτι τέτοιο πρέπει να αποσαφηνιστούν τα όρια του κριτηρίου της καλής πίστης.

Θα μπορούσαμε να θέσουμε δύο κριτήρια για τον προσδιορισμό των ως άνω ορίων. Το ένα είναι γενικό και νομικό και το άλλο είναι ειδικό και εμπειρικό. Κατά το γενικό κριτήριο μπορεί να υποστηριχθεί ότι τα όρια της καλής πίστης πρέπει να χαράσσονται εκεί που αρχίζει η προστασία του ίδιου του ασκούντος το δικαίωμα. Από αυτόν που απαιτούμε

59. ΜΠρΑθ 106/2010 ΤΝΠ Νόμος.

60. ΑΠ 1780/1987 ΕλλΔνη 1988, 1394. Πρβλ. όμως ΕφΘεσ 87/2006 Αρμ 2006, 1082, κατά την οποία για την αποδοχή της ένστασης καταχρηστικότητας δεν αρκεί να επικαλούνται τα δυσμενή, συνήθη όμως, αποτελέσματα που συνεπάγεται η λύση του γάμου για τον εναγόμενο και τα τέκνα του, αλλά πρέπει να προβάλλονται ακραίες και σοβαρές συνέπειες στα συμφέροντα ή την προσωπικότητα του εναγομένου και των τέκνων του, οι οποίες δεν μπορούν να αμβλυνθούν ούτε με τη ρύθμιση των συνεπειών του διαζυγίου από το δικαστήριο. Έτσι και ΑΠ 805/1996, ΕλλΔνη 1997, 800 (δεν είναι καταχρηστική η αγωγή διαζυγίου που ασκείται μετά από 32 χρόνια γάμου με αποτέλεσμα η σύζυγος να μην έχει ασφαλιστική κάλυψη). ΑΠ 1295/1995 Δνη 1997, 802 (δεν είναι καταχρηστική η αγωγή διαζυγίου από το γεγονός ότι ο σύζυγος της εναγούσης συνδέθηκε ερωτικά με άλλη γυναίκα, ότι η ενάγουσα πάσχει από ασθένεια του θυρεοειδούς και ότι ο γιος τους πάσχει από ψυχολογικά προβλήματα).

61. ΕφΑθ 2210/2004, ΕλλΔνη 2006, 265 = ΤΝΠ Νόμος.

62. ΑΠ 1598/1997, ΝοΒ 1998, 1072 επ.· 956/1987, ΝοΒ 1988, 1224 επ.· 1629/1984, ΝοΒ 1985, 1016 και ΕφΑθ 43/1996, ΕπΔΠολ 1999, 9. Υπέρ της θέσης αυτής Βαβούσκος, γνμδ Αρμ 1979, 106· Δωρής, σχόλια στην ΑΠ 1555/1985, ΝοΒ 1986, 1588 επ. και Αλικάκος, Κατάχρηση εμπράγματος δικαιώματος (2007), σ. 157.

να δείξει καλή πίστη, δεν επιτρέπεται να ζητάμε να λαμβάνει υπ' όψιν περισσότερο τα ξένα συμφέροντα από τα δικά του. Πιο εύληπτη γίνεται η θέση μας με μια αναφορά στην υπ' αριθμ. 1324/2000 απόφαση του Αρείου Πάγου, η οποία έκανε δεκτό⁶³ ότι δεν έρχεται σε αντίθεση με την καλή πίστη, καταγγελία από εταιρία της έμμισθης εντολής δικηγόρου της όταν αυτή δικαίως επικαλείται εξασφάλιση πόρων για την οικονομική επιβίωση της («οικονομοτεχνικοί λόγοι»)⁶⁴. Όμως δεν θα πρέπει με την επίκληση της καλής πίστης να αξιώνεται από τον αιτούντα διαζύγιο σύζυγο να ληφθεί υπ' όψιν η δυσμενής οικονομική κατάσταση της άπορης εβδομηντάχρονης συζύγου του και επομένως να αποκλεισθεί ως καταχρηστική η άσκηση του δικαιώματος διάζευξης⁶⁵. Μια τέτοια θέση θα ισοδυναμούσε με απαίτηση από τον σύζυγο να παραιτηθεί των ατομικών προσωπικών επιλογών και προτιμήσεων⁶⁶. Το προαναφερθέν επομένως κριτήριο είναι απαραίτητο για την εντός ευλόγων πλαισίων εφαρμογή της ΑΚ.

Η αρωγή από ένα δεύτερο (εμπειρικό) κριτήριο είναι επίσης απαραίτητη, διότι η θεωρία δεν κατάφερε να αποτυπώσει με σαφήνεια το όριο της έννοιας της καλής πίστης. Σε μια προσπάθεια περιορισμού της έννοιας αυτής, οι συγγραφείς κάνουν λόγο για ανάγκη συγκεκριμενοποίησης της καλής πίστης⁶⁷ και την ορίζει με αντικειμενικά κριτήρια⁶⁸. Ο *Τσιριντάνης*⁶⁹ θεωρεί ότι η –απαιτούμενη από την καλή πίστη– ειλικρίνεια και εντιμότητα θα αναζητηθεί, όχι σε ένα ιδεατό επίπεδο⁷⁰, αλλά στην κοινωνική πραγματικότητα. Ο *Σταθόπουλος* προσθέτει και το κριτήριο της συμπεριφοράς του εχέφρονος συνετού – και επομένως όχι κατάφωρα ρομαντικού και αλτρουιστή– συναλλασσόμενου⁷¹. Εντούτοις, οι ορισμοί αυτοί παραμένουν αρκετά αφηρημένοι και κατά συνέπεια αλυσιτελείς. Στατιστικές και εμπειρικές μελέτες θα μπορούσαν να απεικονίζουν πιο συγκεκριμένα την κοινωνική πραγματικότητα και να καταγράφουν τη συμπεριφορά του μέσου συνετού

63. ΕλλΔνη 2002, 393, 406 = ΧρίΔ 2001, 350.

64. Για μη καταχρηστική άσκηση δικαιωμάτων σε εργασιακή σχέση, βλ. επίσης ΑΠ 171/2009 ΤΝΠ Νόμος (όχι καταχρηστική άσκηση του διευθυντικού δικαιώματος του εργοδότη να επιλέγει και να τοποθετεί ως προϊστάμενο συγκεκριμένο εργαζόμενο, τηρώντας τα όρια που επιβάλει η 281 ΑΚ)· ΑΠ 31/2008 ΤΝΠ Νόμος (όχι καταχρηστική προαγωγή ενός εργαζομένου εφόσον δεν προσβάλλεται η προσωπικότητα άλλου εργαζομένου που ίσως και να υπερτερεί ελαφρώς σε ορισμένα προσόντα)· ΑΠ 620/2008 ΤΝΠ Νόμος (παραβίαση αρχής της εμπιστοσύνης, ως σπουδαίος λόγος καταγγελίας κατά αντικειμενική κρίση με βάση την καλή πίστη, όχι καταχρηστική άσκηση δικαιώματος καταγγελίας)· ΑΠ 34/2008 ΤΝΠ Νόμος (όχι καταχρηστική άσκηση δεύτερης καταγγελίας, καθώς λόγω μεσολάβησης αντιδικίας των δύο μερών, καθίσταται για τον αναιρεσίβλητο αδύνατη η εξακολούθηση της συνεργασίας).

65. Βλ. ΜονΠρΑθ 2497/2015.

66. Έτσι ΑΠ 47/2009, ΤΝΠ Νόμος. Αντίθετη η παλαιότερη νομολογία βλ. χαρακτηριστικά ΑΠ 1780/1987 ΕλλΔνη 1988/1394· ΕφΘεσ 3441/1989 Αρμ 1989, 1221· ΕφΑθ 6408/1986, ΕλλΔνη 1987, 1067 και 6810/1985, ΕλλΔνη 1985, 999. Για συγκεκριμένους λόγους που δε συνιστούν καταχρηστική την άσκηση του δικαιώματος διάζευξης βλ. επίσης παραπ. υπ. 157.

67. *Σταθόπουλος*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο (2004), § 5 αρ. 20. Πρβλ. αυτόθι, § 4, αρ. 54, όπου αναφορά στην τριτενέργεια της καλής πίστης.

68. Άλλο η αντικειμενικοποίηση των κριτηρίων και άλλο η διάκριση μεταξύ υποκειμενικής και αντικειμενικής (ή συναλλακτικής) καλής πίστης· βλ. σχετικά *Σταθόπουλος*, Γενικό Ενοχικό (2004), § 5, αρ. 13.

69. ΕρμΑΚ 288, αρ. 2.

70. Η φράση ανάμεσα στις παύλες αποτελεί προσθήκη του συγγραφέα.

71. *Σταθόπουλος*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο (2004), § 5 αρ. 13.

συναλλασσόμενου, ώστε η νομολογία να μπορέσει να εφαρμόσει τους προαναφερθέντες ορισμούς κατά την εφαρμογή της αρχής της καλής πίστης. Αντίθετα, η νομολογία παραμένει αβοήθητη απέναντι στον προσδιορισμό αυτής της έννοιας, γιατί δεν έχει στη διάθεσή της ένα νομολογιακό δείγμα συμπεριφορών του μέσου συναλλασσόμενου. Προς αυτή την κατεύθυνση επιβάλλεται η συγκέντρωση ενός ικανού νομολογιακού δείγματος συνεντών συμπεριφορών, αλλά και η κοινωνιολογική έρευνα μέσω εμπειρικών μελετών⁷².

III. Ένα περιττό κριτήριο: τα χρηστά ήθη

1. Οι λόγοι γένεσης και η δυσκολία προσδιορισμού των χρηστών ηθών

Ως χρηστά ήθη νοούνται οι επιταγές της κρατούσης κοινωνικής ηθικής σε συγκεκριμένο τόπο και χρόνο και ταυτίζεται ουσιαστικά με τις αντιλήψεις του μέσου συνेतού ανθρώπου, ο οποίος σκέφτεται με σωφροσύνη και χρηστότητα⁷³. Πρόκειται για αόριστη έννοια, η οποία ελέγχεται αναίρετικά⁷⁴. Αν και τα ήθη αφορούν κυρίως στον εσωτερικό κόσμο του ατόμου όπως π.χ. τον τρόπο προσευχής του ή αυτογνωσίας του⁷⁵, συχνά εκδελώνονται και στον εξωτερικό κόσμο, όπως για παράδειγμα συμβαίνει με τους θρησκευτικούς κανόνες, τους κανόνες αθλητικών παιγνίων ή εθιμοτυπίας (κανόνες κοινωνικής ηθικής)⁷⁶. Η συχνή μετατροπή μη νομικών κανόνων σε νομικούς⁷⁷ και ο κοινός παιδαγωγικός ρόλος των ηθών και του δικαίου οδηγεί συχνά σε μια σύγχυση μεταξύ των δυο εννοιών⁷⁸. Τόσο δηλαδή, το δίκαιο όσο και τα χρηστά ήθη προσπαθούν να καθοδηγήσουν,

72. Βλ. αναλυτικά για τον προσανατολισμό, μεθόδους και τεχνικές τέτοιου είδους ερευνών Παπαχρίστου, Εισαγωγή στην Κοινωνιολογία του Δικαίου, Τομ Β' Εμπειρική Έρευνα (1986), σ. 7-58.

73. Σημαντήρας, Γενικές Αρχές (1977) αρ. 319· Λαδάς, Γενικές Αρχές Ι' (2009), § 45 αρ. 5 και Γεωργιάδης ΣΕΑΚ άρθρο 281 αρ. 29· ΑΠ 1137/2005 Ισοκράτης· πρβλ. και ΑΠ 981/2006 ΝοΒ 2007, 361. Για την έννοια των χρηστών ηθών αναλυτικότερα Λαδάς, Η ακύρωτης της δικαιοπραξίας λόγω αντιθέσεων εις τα χρηστά ήθη (1979), σ. 42. Μαζί με αυτή τη μονογραφία θεμελιώδη ρόλο έχουν στην ελληνική βιβλιογραφία αναφορικά με τα χρηστά ήθη οι μελέτες των Τούση, Η έννοια των χρηστών ηθών, ΕΕΝ 1956, 228 επ.· Σταυρόπουλος, Το πρόβλημα της έννοιας των χρηστών ηθών υπό τον ΑΚ, ΝΔικ 1960, 305 επ.· Μπόσδας, Τινά περί ανηθικών δικαιοπραξιών, Θ 57, 409 επ.· Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη, Η αντίθεση της διαθήκης στα χρηστά ήθη, ΝοΒ 1982, 1234 επ.· Παρασκευάς, Τα χρηστά ήθη και η νομική αυτών θεμελίωσης (1983) και Κωσταράς, Τα χρηστά ήθη και το Σύνταγμα. Το αστικό δίκαιο και οι διεθνείς συμβάσεις, ΑρχΝ 2006, 289 επ.· από την ξένη οι μελέτες των Rippert, La règle morale dans les obligations civiles (1949) και K. Simitis, Gute Sitten und ordre public. Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB (1960). Πρβλ. και ΑΠ 119/2013 ΝοΒ 2013, 1565, η οποία κάνει λόγο για αντιλήψεις «χρηστώς και εμφρόνως» σκεπτόμενου ατόμου.

74. Βλ. π.χ. ΑΠ 2067/2013 ΤΝΠ Νόμος.

75. Έτσι Radbruch, Rechtsphilosophie² (2003), σ. 41 επ. αλλά εν μέρει και ο Max Weber, Rechtssoziologie (1960), 69.

76. Για τον όρο αυτό βλ. Παπαχρίστου, Κοινωνιολογία του Δικαίου (1999), σ. 27-28.

77. Βλ. με παραδείγματα Παπαχρίστου, Κοινωνιολογία του Δικαίου (1999), σ. 27-28 αλλά και τον Max Weber ο οποίος υποστηρίζει ότι «πάντα κοινωνικά σημαντικά ήθη μετατρέπονται σε κανόνες δικαίου»· Rechtssoziologie (1960), σ. 70.

78. Πρβλ. όμως και Παπαχρίστου, ο οποίος δέχεται αυτή την παιδαγωγική λειτουργία του δικαίου μόνο όταν το δίκαιο επιδιώκει «να επηρεάσει τη συμπεριφορά των κοινωνιών, προσανατολίζοντάς τη προς πρότυπα διαφορετικά από εκείνα που επικρατούν στην κοινωνική πραγματικότητα». Κατά τα λοιπά συμφωνεί με τον Μιχαηλίδη-Νουάρο, ότι τα ήθη αποτελούν μια προβαθμίδα του δικαίου και μάλιστα ότι αυτό τα «αντιγράφει»· Κοινωνιολογία του Δικαίου (1999), σ. 29 όπου

βάσει μιας συγκεκριμένης ιδεολογίας, το άτομο αλλά και ευρύτερες κοινωνικές ομάδες. Αντίστροφα, επίσης, θα πρέπει να αναζητούνται οι κυρίαρχες αξίες που συνθέτουν την κρατούσα ιδεολογία, υπό το πρίσμα της οποίας θα πρέπει να ερμηνευτεί η έννοια των χρηστών ηθών.

α) Ιστορικά

Η έννοια των χρηστών ηθών πρωτοεμφανίζεται στο ρωμαϊκό δίκαιο⁷⁹. Στη συνείδηση των Ρωμαίων υφίστατο το δίκαιο των αρχαίων πατέρων τους, το οποίο αν και άγραφο, ήταν άμεσα συνυφασμένο με την κοινωνική ζωή του λαού⁸⁰. Αν και δεν ήταν θετό δίκαιο εντούτοις αποτελούσε δίκαιο άξιο σεβασμού. Αρμόδιοι για την προστασία του δικαίου αυτού ήταν οι τιμητές (censors) και απολάμβαναν τιμές παρόμοιες με εκείνες των ανώτατων δικαστών. Αρχικά απλώς προέβαιναν σε μια καταγραφή των πολιτών και αποτίμηση των περιουσιών τους στο δημόσιο αρχείο *Census*. Εν συνεχεία, τους ανατέθηκε η διοίκηση των οικονομικών του Κράτους, στο πλαίσιο δημιουργίας, αξιοποίησης και προστασίας κοινόχρηστων αγαθών (όπως ναοί, δρόμοι, ύδατα), η απόδοση τιμών σε πολίτες, και ο τρόπος κτήσεως περιουσίας από τους ιδιώτες και το Δημόσιο⁸¹. Τέλος, ήταν αρμόδιοι για τον έλεγχο τήρησης των πατρόθεν δημόσιων ηθών και παραδόσεων⁸². Δεν μπορούσαν να επιβάλλουν ποινές, αλλά είχαν εξουσία να ακυρώσουν όρους συμβάσεων και να κατασχουν περιουσία η οποία αποκτήθηκε με ανήθικο τρόπο από ιδιώτες ή το κράτος. Κι αυτό γιατί η προσβολή των χρηστών ηθών (*Regimen Morum*) δεν είχε απλώς ως συνέπεια την κοινή καταφρόνηση και καταίσχυνη, όπως στην αρχαία Ελλάδα, αλλά είχε νομικές προεκτάσεις. Στο πλαίσιο αυτού του ελέγχου τους είχαν αρμοδιότητα να απαγορεύσουν τη σύναψη γάμου, την καταχρηστική συμπεριφορά στη Σύγκλητο ή την καταχρηστική άσκηση της πατρικής εξουσίας⁸³ και να ακυρώνουν όρους που προέκυπταν από κατάχρηση εξουσίας, όπως η επιβολή ποινικής ρήτρας για τη σύναψη ή διατήρηση γάμου ή η δωρεά της κληρονομίας ενός ακόμα ζώντος πολίτη⁸⁴.

και σχετική παραπομπή.

79. Βλ. σχετικά Λαδά, Η ακυρότης της δικαιοπραξίας λόγω αντιθέσεων εις τα χρηστά ήθη (1979), σ. 21-23, όπου αναφέρει ότι «η αντίθεσις εις τα χρηστά ήθη ... δε δύναται να αναχθή εις το αττικόν δίκαιον» με αναφορά πληθώρας παραδειγμάτων από το δίκαιο αυτό.

80. Βλ. αναλυτικά για την έννοια των χρηστών ηθών Τούση, Η έννοια των χρηστών ηθών, ΕΕΝ 1956, 228 επ. και Λαδά, Η ακυρότης της δικαιοπραξίας λόγω αντιθέσεων εις τα χρηστά ήθη (1979), σ. 24-26. Πρβλ. την ρήση του Γάιου: *Omnes populi qui legibus et moribus reguntur*, Inst. 1.1. («όλοι οι λαοί διέπονται από τους νόμους και τα ήθη»).

81. Κατάλοιπο της αρμοδιότητας αυτής των Τιμητών να προστατεύσουν τη δημόσια περιουσία αποτελεί η σύγχρονη αποδοκιμασία από την έννομη τάξη δικαιοπραξιών που θέτουν σε κίνδυνο την οικονομία της χώρας.

82. Τον ρόλο των τιμητών κατά τον Μεσαίωνα ανέλαβε η καθολική εκκλησία, η οποία καταχωρούσε και ανακοίνωνε τα απαγορευμένα προς κυκλοφορία βιβλία. Από εκεί προέρχεται και ο σύγχρονος όρος της λογοκρισίας (census-censorship/Zensur).

83. Κατά αυτής της κατάχρησης οι αδικημένοι στρέφονταν και απέναντι στον άρχοντα με την *cognition extra ordinem*.

84. Βλ. ιδίως Κικέρωνα, *De legibus*, iii, 3 και Kaser/Knütel, *Römisches Recht*¹⁹ (2008), § 9, αρ. 9 με περαιτέρω παραπομπές σε ρωμαϊκές πηγές και συνοπτικά σε Παρασκευά, Τα χρηστά ήθη και η νομική αυτών θεμελίωσις (1983), σ. 55. Η απαγόρευση κληρονομικής σύμβασης ίσχυε με το προαστικό κώδικα δίκαιο αλλά πλέον δεν ισχύει ενόψει των ΑΚ 2032 επ.

Η προστασία των χρηστών ηθών διατηρείται στο βυζαντινορωμαϊκό δίκαιο αλλά αφενός επηρεάζεται πλέον από τη χριστιανική ιδεολογία και αφετέρου ανατίθεται σε άλλα όργανα⁸⁵. Η ακύρωση των ανήθικων δικαιοπραξιών περνάει πλέον στα χέρια τακτικών δικαστών. Ως τέτοιου είδους δικαιοπραξίες χαρακτηρίζονται για παράδειγμα η σύναψη γάμου θυγατέρας για αισχρολόγο ή ο γάμος κηδεμόνα ή επιτρόπου με το υπό επιμέλεια πρόσωπο⁸⁶. Την ενσωμάτωση αυτή των χρηστών ηθών στο δίκαιο⁸⁷ και την εξέτασή τους από την τακτική δικαιοσύνη ακολουθεί και το σύγχρονο δίκαιο, χωρίς όμως να είναι πλέον δυνατή η διαπίστωση του πνεύματος του λαού. Το πνεύμα αυτό (*Volksgeist*) συχνά αποτέλεσε αντικείμενο έρευνας νομικών όπως του ν. *Savigny* και *Puchta*⁸⁸ και εφελτήριο ανατροπής της έννομης τάξης. Οι γενικές δε ρήτρες των ΑΚ 178, 179, 281 και 919 αφήνουν ανοιχτό τον κίνδυνο αυθαίρετου προσδιορισμού του «πνεύματος του λαού» από πολιτικές ιδεολογίες με στόχο τη χρήση του όρου «χρηστά ήθη» προς άρση (επανάληψη της λέξης «ανατροπή» της νομιμότητας⁸⁹).

Από τα παραπάνω διαπιστώνουμε ότι α) η έννοια των χρηστών ηθών ήταν συνυφασμένη με γενικότερα, συλλογικά συμφέροντα της ρωμαϊκής αυτοκρατορίας όπως την προστασία κοινωνικών θεσμών και κοινόχρηστων αγαθών και β) οι αντιλήψεις περί ηθών είναι εξαρτώμενες από τις εκάστοτε κοινωνικοιστορικές συνθήκες γ) μπορούν να οδηγήσουν σε ανατροπή της νομιμότητας. Αυτά τα συμπεράσματα ισχύουν και σήμερα, όπου τα χρηστά ήθη θεωρούνται στενά συνυφασμένα με την δημόσια τάξη⁹⁰.

β) Η σύγχρονη πραγματικότητα

Η έννοια των χρηστών ηθών έχει υποστεί στις μέρες μας έναν σημαντικό αποχρωματισμό, μια απομάκρυνση δηλ. από τον χώρο της ηθικής, όπως ορθά τονίζεται στη θεωρία⁹¹. Για παράδειγμα, η άσκηση της συμβατικής ελευθερίας προκειμένου να καταρτιστεί σύμβαση μισθώσεως δίκλινου δωματίου για μη παντρεμένο ζευγάρι, αν και κάποτε θεω-

85. Χαρακτηριστική της αλλαγής η ρήση *honeste vivere, alterium non laedevem, suum cuique tribuere*. Βασιλικά 2.1.10. Βλ. και την ελληνική απόδοση στην Εξάβιβλο του *Αρμενόπουλου* «τό κοσμίως ζην, άλλον μη βλάπτειν, εκάστω τό ίδιον απονέμειν» (Επιτομή 1 – 4-6).

86. *Παρασκευάς*, Τα χρηστά ήθη και η νομική αυτών θεμελίωσις (1983), σ. 56 όπου και αναφορά στις σχετικές βυζαντινές πηγές.

87. Βλ. για τη σχέση αυτή *Παρασκευάς*, Ο Ηθικός Κανών και το Δίκαιο (1961), σ. 61 και του ίδιου, Τα χρηστά ήθη και η νομική αυτών θεμελίωσις (1983), σ. 47-48, όπου και αναφορές σε ξένους κοινωνιολόγους του δικαίου όπως τον *Durkheim*.

88. Μέσω του όρου «πνεύμα του λαού» κατάφεραν οι επιστήμονες αυτοί να προσαρμόσουν νομικά μορφώματα του ρωμαϊκού δικαίου στις ανάγκες της εποχής τους (19ος αιώνας) και να τα ανάγουν σε γενικές έννοιες του γερμανικού δικαίου. Ο όρος χρησιμοποιήθηκε από τη νομολογία του *Reichsgericht* πρώτη φορά το 1901. Βλ. συνοπτικά *Pawlowski*, Einführung die Juristische Methodenlehre (2000), αρ. 150 επ.

89. Για τον διαχωρισμό και την αντιπαλότητα της νομιμότητας από την ηθικότητα βλ. *Λαδάς*, Η ακυρότης της δικαιοπραξίας λόγω αντιθέσεων εις τα χρηστά ήθη (1979), σ. 42-43 με περαιτέρω παραπομπές στη γερμανική θεωρία.

90. Έτσι και *Παντελίδου*, Η καλή πίστη στο κληρονομικό δίκαιο, ΝοΒ 2003, 1353, κατά την οποία μέσω των χρηστών ηθών αξιολογείται μια πράξη καθεαυτή και λαμβάνεται υπόψη η δημόσια τάξη.

91. *Λαδάς*, Η ακυρότης της δικαιοπραξίας λόγω αντιθέσεως εις τα χρηστά ήθη (1979), σ. 47 και *Pawloski*, Methodenlehre für Juristen 3 (1999), § 7 υπ. 25 με περαιτέρω παραπομπές στη γερμανική θεωρία.

ρέιτο ως αντίθετη στα χρηστά ήθη, στις μέρες μας γίνεται δεκτό ότι δεν αντιβαίνει σε αυτά⁹². Κατά τον ίδιο τρόπο μπορεί το τηλεφωνικό σεξ ή η διαφήμισή του να αποτελούν πλέον, συμβατικό δικαίωμα του οποίου η άσκηση δεν έρχεται σε αντίθεση με τα χρηστά ήθη⁹³. Αυτό οφείλεται, όχι μόνο στον περιορισμό της επιρροής της Εκκλησίας στη συνείδηση των δικαστών και πολιτικών, αλλά κυρίως στην ηθική ανομοιογένεια των σύγχρονων πληθυσμών, όπως και την ηθική παγκοσμιοποίηση μέσω των ΜΜΕ. Η πολυπολιτισμικότητα καθιστά αδύνατη στον δικαστή τη διαπίστωση της ηθικής των επιμέρους κοινωνικών ομάδων και επομένως είναι σε αυτόν ευχερέστερο να υιοθετήσει την κοινή αντίληψη περί ηθικής, όπως αυτή μεταφέρεται από τα ΜΜΕ ή τον κοινωνικό του περίγυρο. Δεν είναι η ορθότερη και αντικειμενικότερη μέθοδος ερμηνείας της γενικής αυτής ρήτρας· εντούτοις δικαιολογείται στο βαθμό που ο δικαστής καλείται να προσδιορίσει το –περί ηθικής– συναίσθημα⁹⁴ του μέσου συνετού και ηθικά σκεπτόμενου ανθρώπου.

• Ορθότερη θα ήταν η επιλογή της εμπειρικής επιστημονικής μεθόδου. Ήδη στο προηγούμενο κεφάλαιο έγινε λόγος για ανάγκη προσδιορισμού της έννοιας της “καλής πίστης” μέσω κοινωνιολογικών ερευνών. Η ανάγκη αυτή είναι επιτακτικότερη κατά τον προσδιορισμό της έννοιας των χρηστών ηθών. Η αρωγή κοινωνικών ερευνητικών ιδρυμάτων (όπως του ΕΚΚΕ) είναι απαραίτητη για τον μέσω εμπειρικών ερευνών προσδιορισμό της κρατούσας αντίληψης περί χρηστών ηθών σε κατηγορίες περιπτώσεων⁹⁵. Ορθώς κατά συνέπεια γίνεται δεκτό ότι, ότι η διαπίστωση της κοινωνικής ηθικής⁹⁶ αποτελεί εξαιρετικά δυσχερές εγχείρημα διότι οι αντιλήψεις αυτές διαφοροποιούνται ανάλογα με τον άνθρωπο και την κοινωνική, γεωγραφική και πολιτισμική του προέλευση. Αυτό το συμπέρασμα οδήγησε τον Άρειο Πάγο στις αρχές του προηγούμενου αιώνα να θεωρήσει τα χρηστά ήθη ειδικό κανόνα με αναντίρρητα εμπειρικό περιεχόμενο (*quaestio facti*), τον οποίο δεν μπορούσε να γνωρίζει ο δικαστής (*jura novit curia*)⁹⁷. Στη θέση αυτή αντιτάσσεται ο καθηγητής Λαδάς⁹⁸, υποστηρίζοντας την καθαρά εμπειρική αντιμετώπιση της

92. Βλ. την αλλαγή αυτή θέσης στη γερμανική νομολογία AG Emden NJW 1975, 1363 (αντίθετη στα χρηστά ήθη) και BGHZ 92, 213, 219 (σύμφωνη με τα χρηστά ήθη). Πρβλ. περαιτέρω για έρωτα επί σκηνής BAGE 28, 83, 83, 88· για peepshow BVerfGE 84, 314, 318 και 64, 274, 280· για ανηθικότητα σύμβασης (1988), αρ. 805 και συνοπτικά Παπανικολάου, Δικαιοπραξίες αντίθετες στα χρηστά ήθη (2012) αρ. 103.

93. Έτσι πλέον στη γερμανική νομολογία BGHZ 118, 182, 185 και συνοπτική παρουσίαση του θέματος σε Rüthers/Stadler, BGB AT¹⁶ (2009), § 26, αρ. 35.

94. ΑΠ 981/2006, ΧρΙΔ 2006, 792. Βλ. ΑΠ 1137/2005, ΧρΙΔ 2006, 40 η οποία κάνει λόγο περί ιδεών του –μέσης ηθικής– ανθρώπου σε αντίθεση με τη θεωρία περί αντιλήψεων του ίδιου· Κορνηλάκης, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο Ι² (2012), σ. 496 ΕφΘεσ 1600/2005, ΤΝΠ Νόμος (389068)· ΕφΑθ 5415/2003, ΕλλΔνη 2004, 492· ΕφΑθ 3218/2005, ΕλλΔνη 2005, 1519· ΕφΑρ 209/2005, Δικογραφία 2005, 516· ΑΠ 760/2001, ΕλλΔνη 2002, 1376· 1023/1993, ΕλλΔνη 1994, 1564· 672/1993, ΕλλΔνη 1994, 1271· 925/1991, ΝοΒ 1992, 551· 848/1988, ΕλλΔνη 1990, 321· 326/1975, ΝοΒ 1974, 1297· 456/1972, ΝοΒ 1972, 1278· 212/1967, ΝοΒ 1967, 970· ΑΠ 40/1960, ΝοΒ 1960, 496· 821/1977, ΝοΒ 1978, 669· 398/1975, ΝοΒ 1975, 1164

95. Υπέρ των μελετών αυτών Reh binder, Rechtssoziologie (1977), σ. 18 επ. και Pawlowski, Einführung in die Juristische Methodenlehre (2000), αρ. 233-234. Αναλυτικά για τις εμπειρικές κοινωνιολογικές μεθόδους Παπαχρίστου, Κοινωνιολογία του Δικαίου (1999), σ. 153-188.

96. Τον όρο χρησιμοποιεί ο Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό (2004), § 15, αρ. 76.

97. ΑΠ 52/1904, Θεμ 1904-1905, 405.

98. Η ακυρότης της δικαιοπραξίας λόγω αντιθέσεως εις τα χρηστά ήθη (1979), σ. 44-45. Βλ.

έννοιας των χρηστών ηθών. Η ΑΚ 178 ή η ΑΚ 281 δεν κάνουν λόγω για ήθη της κοινωνίας γενικά αλλά για ορισμένα από τα ήθη της κοινωνίας, τα οποία κρίνονται από τον νομοθέτη ή εφαρμοστή του δικαίου ως χρηστά.

Στον προσδιορισμό της έννοιας των χρηστών ηθών μπορούν να συμβάλουν και οι δικαιικές αξίες που διέπουν την έννομη τάξη. Οι αξίες αυτές, κατά την θεωρία, θα προσδιοριστούν μέσω του θετικού δικαίου, του οικονομικού συστήματος και της συνταγματικής τάξης που ισχύει σε ορισμένη κοινωνία⁹⁹. Μπορεί όμως, ο δικαστής να έχει εποπτεία του συνόλου των κοινών και συνταγματικών κανόνων δικαίου, αλλά και των κανόνων της οικονομίας ώστε να καταλήξει στον προσδιορισμό αυτών των αξιών; Μπορεί να έχει εποπτεία των συνταγματικών κανόνων αλλά η γνώση τους είναι σπάνια λυσιτελής κατά τον προσδιορισμό των χρηστών ηθών¹⁰⁰. Σε περίπτωση, για παράδειγμα, συμφωνίας απαλλαγής ευθύνης για προσβολή της υγείας ποιο δικαίωμα προτάσσει το σύνταγμα: την συμβατική ελευθερία του Σ 5 § 1 ή την υγεία του Σ 5 § 5; Κατ' αρχήν κανένα, διότι προστατεύει και τα δύο ισάξια¹⁰¹. Για να διαπιστώσει ο δικαστής ποιο από τα δύο δικαιώματα αποτελεί την ανώτερη δικαϊκή αξία, πρέπει να έχει εποπτεία στο σύνολο των κοινών κανόνων δικαίου. Στη διαπίστωση αυτή θα μπορούσε να συμβάλει και η εφαρμογή της θεωρίας των συμφερόντων, η οποία διακρίνει ανάμεσα περιουσιακά και ηθικά συμφέροντα¹⁰².

2. Η ταύτιση χρηστών ηθών και καλής πίστης στην ΑΚ 281

α) Ήθος και έθος

Η λέξη ήθος κατά τον Αριστοτέλη προέρχεται από τη λέξη έθος¹⁰³, δηλ. τη συνήθεια. Το ήθος αποτελεί μια καλή συνήθεια¹⁰⁴. Η αρετή δημιουργείται με την υιοθέτηση καλών συνηθειών. Εγκρατεύεται κάποιος και με τη συνεχή επανάληψη της εγκράτειας γίνεται

επίσης προς την ίδια κατεύθυνση *Μιχαηλίδη-Νουάρο*, Δίκαιον και κοινωνική Συνείδησις, σ. 7 επ.

99. *Κορνηλάκης*, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο I² (2012) σ. 497. Βλ. περαιτέρω και *Perlingieri*, *Manuale di Diritto Civile*² (2000), σ. 12-13 και 23 όπου αφενός αναλύει τη σχέση αξιών, αρχών και κανόνων και αφετέρου υποστηρίζει ότι η πολυνομία και γραφειοκρατία μπορούν να καταπολεμηθούν μόνο μέσω της εφαρμογής των αξιών του Συντάγματος.

100. Ορθά υποστηρίζει ο *Π. Παπανικολάου* ότι «κατά κανόνα οι ιδιωτικές διαφορές δεν ενέχουν περιορισμό κάποιου συνταγματικού δικαιώματος σ' αυτήν την ακραία μορφή». Σύνταγμα και Αυτοτέλεια Αστικού Δικαίου (2006), § 3 αρ. 69. Προς αυτή την κατεύθυνση και η αρ. 71 στο ίδιο κεφάλαιο.

101. Από πλευράς ποινικού δικαίου, η απλή σωματική βλάβη παραμένει ατιμώρητη όταν έχει δοθεί συναίνεση του βλαπτόμενου προσώπου και όταν η πράξη της προσβολής δεν αντίκειται στα χρηστά ήθη κατά το άρθρο 308 § 2 ΠΚ. Η αντίθεση στα χρηστά ήθη ωστόσο έχει επικριθεί ιδιαίτερος και στο ποινικό δίκαιο από μεγάλο μέρος της θεωρίας λόγω του πατερναλιστικού χαρακτήρα της, βλ. αναλυτικά *Ρηγοπούλου* σε *Χαραλαμπίκη*, Ερμηνεία ΠΚ (2011), άρθρο 308 σ. 1094-1095.

102. Βλ. *Heck*, *Interessenjurisprudenz* (1933), σ. 13 επ.· *Kantorowicz*, *Rechtswissenschaft und Soziologie* σε *Würtenberger* (επιμ.), *Ausgewählte Schriften für Wissenschaftslehre* (1962), σ. 99. *Παπανικολάου*, *Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου* (2010), αρ. 119· *Σταμάτης*, *Η θεμελίωση των νομικών κρίσεων*⁸ (2009), σ. 28-31, 41 και *Χάνος*, *Συμφέρον, στάθμιση και δίκαιο* σε *Στράγγα κ.ά.* (επιμ.), *Αγαθό, συμφέρον και δίκαιο* (1012) σ. 575, 582.

103. Βλ. σχετικό λήμμα σε *Σταματάκο*, *Λεξικό της Αρχαίας Ελληνικής Γλώσσας* (1972), σ. 303. Εξού και η λέξη έθιμο. Πρβλ. *Λαδά*, *Η ακυρότης της δικαιοπραξίας λόγω αντιθέσεως εις τα χρηστά ήθη* (1979), σ. 66.

104. Ακριβώς επειδή ήθος είναι η καλή συνήθεια, ο όρος «χρηστά ήθη» αποτελεί πλεονασμό. Ορθότερη θα ήταν η χρήση του όρου «χρηστά έθη» ή απλώς «ήθη».

εγκρατής ή δεν ψεύδεται και γίνεται φιλαλήθης, υπομένει και επιμένει στην εργασία του και γίνεται εργατικός. Οι πολλές καλές συνήθειες δημιουργούν ένα ενάρετο άνδρα κατά τον Αριστοτέλη. Στον αντίποδα αυτού βρίσκεται ο άνδρας που είναι πλήρης κακών συνηθειών όπως παράνομα παίγνια ή ασωτίες. Αυτός ο άνδρας, όπως οδηγείται από τα πάθη του χωρίς τη χρήση της λογικής του. Επιδιώκει και με την άσκηση των δικαιωμάτων του να ικανοποιηθεί, όχι κάποια λογικά και έννομα συμφέροντά του, αλλά τα πάθη του.

Αυτός ο τύπος ανδρός, όμως, που δεν διαθέτει καλές συνήθειες («καλά ήθη»¹⁰⁵) αδυνατεί να λάβει υπόψη και τα έλλογα συμφέροντα των άλλων. Με την ανήθικη συμπεριφορά του επέρχεται διττό αποτέλεσμα: παραβίαση των χρηστών ηθών αλλά και προσβολή της αρχής της καλής πίστης. Ο ανήθικος καταχράται της εμπιστοσύνης και επομένως προσβάλλει την καλή πίστη. Αυτός είναι και ο λόγος για τον οποίο η χρήση των χρηστών ηθών ως κριτηρίων στην ΑΚ 281 είναι περιττός¹⁰⁶. Εξάλλου, σε μια έρευνα σχετικών αποφάσεων παρατηρείται ότι σχεδόν τότε δεν γίνεται αποκλειστική αναφορά στα χρηστά ήθη¹⁰⁷. Στη συνέχεια, παρουσιάζεται όλη η σχετική τυπολογία που αναφέρεται στο πλαίσιο των χρηστών ηθών για να αποδεικνύει ότι η προσβολή τους αποτελεί πάντα και προσβολή της καλής πίστης. Στην τυπολογία αυτή έχει προβεί ο ομότιμος καθηγητής Θεσσαλονίκης Λαδάς στη μονογραφία του «Η ακυρότης της δικαιοπραξίας λόγω αντιθέσεως εις τα χρηστά ήθη» (1979)¹⁰⁸.

β) Τυπολογία

αα) Χαραριστικές δικαιοπραξίες

Μια πρώτη κατηγορία στην τυπολογία με την οποία καταγίνεται ο καθηγητής Λαδάς είναι οι χαριστικές δικαιοπραξίες για σκοπό που αποδοκιμάζεται από την κοινωνική ηθική. Σε αυτές ανήκουν η διαθήκη, η δωρεά ή η χρηματική παροχή σε πρόσωπο προς

105. Ο όρος αυτός χρησιμοποιείται στα Βασιλικά κατά τον *Παρασκευά*, Τα χρηστά ήθη και η νομική αυτών θεμελίωσης (1983), σ. 39.

106. Για τη σχέση των χρηστών ηθών με την καταχρηστική άσκηση δικαιώματος βλ. Λαδάς, Η ακυρότης της δικαιοπραξίας λόγω αντιθέσεως εις τα χρηστά ήθη (1979), σ. 183.

107. Αυτό παρατηρήσαμε σε μια έρευνα 55 πολιτικών δικαστικών υποθέσεων των τελευταίων δυόμισι δεκαετιών. Μία από τις σπανιότερες περιπτώσεις αποκλειστικής επίκλησης στα χρηστά ήθη απαντάται στην ΑΠ 212/1967 ΕλλΔνη 1968, 39-40, κατά την οποία δε νοείται κατάχρηση δικαιώματος λόγω υπέρβασης των ορίων που θέτουν τα χρηστά ήθη κατά ΑΚ 281 σε περίπτωση άσκησης εξουσίας που απορρέει από την προσωπικότητα (ή αλλιώς φυσικής ευχέρειας), όπως π.χ. η συμμετοχή σε ελεύθερη πλειοδοτική δημοπρασία. Βλ. για την προβληματική της συχνής σύγχυσης χρηστών ηθών και καλής πίστης στη νομολογία *Παπανικολάου*, Οι καταπλεονεκτικές δικαιοπραξίες (1983), σ. 160-162. Για την έλλειψη διαχωρισμού μεταξύ χρηστών ηθών και καλής πίστης που απαντάται και ορισμένες φορές στη θεωρία, βρβλ. *Κορνηλάκη*, Επίτομο Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο (2000), σ. 202.

108. σ. 113-138. Βλ. την τυπολογία αυτή συνοπτικότερα στο βιβλίο του *ίδιου*, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, ΙΙ (2009) § 45 V αρ. 5. Όλες οι επόμενες περιπτώσεις αναφέρονται σε αυτήν την τυπολογία. Βρβλ. και την τυπολογία του *Παρασκευά*, Τα χρηστά ήθη και η νομική αυτών θεμελίωσης (1983), σ. 61. Στη γερμανική θεωρία γίνεται διάκριση σε άλλου είδους τυπολογία και συγκεκριμένα α) κατάχρηση θέσης εξουσίας ή μονοπωλίου β) υπερβολικά περιοριστικές συμβάσεις γ) διακινδύνευση οφειλέτη και πιστωτική πλάνη δ) νομική εμπορευματοποίηση της ιδιωτικής σφαίρας ε) προστασία γάμου και οικογένειας στ) εξώθηση σε συμβατική παραβίαση, ζ) συμφωνίες ξεπλύματος βρώμικου χρήματος η) αγορά δημοσίων τίτλων ή τίτλων τιμής και θ) δικαιοπραξίες ομοιάζουσες με την απάτη. *Rüther/Stadler*, BGB AT¹⁶ (2009), § 26, αρ. 35-41a.

ενθάρρυνση συνέχισης σαρκικής συνάφειας (*pactum sturpi*) γιατί έρχεται σε αντίθεση με την ιδιότητα του εγγάμου προσώπου ή τα όρια ανοχής των γενετήσιων σχέσεων¹⁰⁹. Τα παραδείγματα δικαιοπραξιών οι οποίες προσβάλλουν τις κοινωνικές απόψεις περί γενετήσιων σχέσεων είναι πολυάριθμα όπως η δωρεά ή μεταβίβαση περιουσίας χάριν σεξουαλικής ικανοποίησης από την αντισυμβαλλόμενη¹¹⁰. Ο λήπτης δηλ. σε αυτές τις περιπτώσεις εκμεταλλεύεται το σεξουαλικό πάθος του δωρητή ή του διαθέτοντος προς προσωπικό όφελός του. Γι' αυτόν ακριβώς τον λόγο σε αυτές τις περιπτώσεις η άσκηση του δικαιώματος, το οποίο γεννάται από τη σύμβαση δωρεάς ή τη διαθήκη, θεωρείται ότι έρχεται σε αντίθεση με τις καλές συνήθειες ενός ενάρετου ανθρώπου, όπως για παράδειγμα την εγκράτεια και την αποφυγή της ασωτίας.

Η αντίθεση στα χρηστά ήθη συνεπάγεται ακυρότητα των εν λόγω (διαθήκης, δωρεάς) δικαιοπραξιών κατά την ΑΚ 178. Στο ίδιο ακριβώς αποτέλεσμα μπορεί εντούτοις να καταλήξει κανείς επικαλούμενος άλλο κριτήριο όπως αυτό της καλής πίστης. Αυτό ισχύει, διότι ο δικαιούχος δωρεάς ή κληροδοσίας λόγω σαρκικής συνάφειας δε φαίνεται να λαμβάνει υπόψη ούτε τα συμφέροντα του υπόχρεου ούτε των συγγενών του. Ο εκμεταλλευόμενος δηλ. το σεξουαλικό πάθος του άλλου, ώστε να αποκομίσει περιουσιακό όφελος υπερβαίνει προφανώς τα όρια της καλής πίστης, αφού εκμεταλλεύεται το άλλο μέρος. Τίθεται δηλ. ένα ζήτημα ως προς τα κίνητρα επίκλησης μιας δήλωσης βούλησης που προκλήθηκε όχι με λογικά κίνητρα αλλά ενστικτωδώς. Αν απουσίαζε από το γράμμα της ΑΚ 281 το κριτήριο των χρηστών ηθών, θα παρέμενε το κριτήριο της καλής πίστης με το ίδιο προστατευτικό αποτέλεσμα. Τη σύνδεση αυτή χρηστών ηθών με καλή πίστη δέχεται και ο Παπαντωνίου¹¹¹, ο οποίος υποστηρίζει ότι η πρώτη έννοια λειτουργεί ως οδηγός για την τελευταία. Τη θέση αυτή ενισχύει και η άποψη του Παπανικολάου¹¹², κατά τον οποίο τα όρια μεταξύ των δύο εννοιών είναι συχνά δυσδιάκριτα. Ο τελευταίος κρίνει ότι υφίσταται λόγος διαχωρισμού των δύο εννοιών, αφού τα δικαστήρια μπορούν να εφαρμόσουν και την ΑΚ 281 και την ΑΚ 178. Παρά τις επιφυλάξεις που έχουν διατυπωθεί για τη θέση αυτή¹¹³, στη συνέχεια θα αποδειχθεί ότι η άποψη των καθηγητών είναι ορθή.

Τα παραδείγματα δικαιοπραξιών οι οποίες προσβάλλουν τις κοινωνικές απόψεις περί

109. Παπανικολάου, Οι καταπελεονεκτικές δικαιοπραξίες (1983), σ. 168-169.

110. Βλ. πληθώρα παραδειγμάτων σε Λαδά, Η ακυρότης της δικαιοπραξίας λόγω αντιθέσεως εις τα χρηστά ήθη (1979), σ. 124-130.

111. Παπαντωνίου, Η καλή πίστη εις το αστικόν δίκαιον (1957), σ.106. Αντίθετος ο Δωρής. Περιορισμοί της συμβατικής ελευθερίας στις ρήτρες αποκλειστικής δικαιοδοσίας (1988) σ291 επ. κατά τον οποίο η αντίθεση στα χρηστά ήθη δε συναντάται με την καλή πίστη ιδίως σε περιπτώσεις ανηθικότητας περί την οικογενειακή τάξη και σε δικαιοπραξίες με τις οποίες επιδιώκεται σκοπός επιβλαβής στο κοινωνικό σύνολο. Σε αυτές τις περιπτώσεις, ωστόσο, η άσκηση δικαιώματος θα μπορούσε να θεωρηθεί καταχρηστική λόγω υπέρβασης του κοινωνικοοικονομικού σκοπού του δικαιώματος.

112. Οι καταπελεονεκτικές δικαιοπραξίες (1983), σ. 168-169.

113. Δωρής, Περιορισμοί της συμβατικής ελευθερίας στις ρήτρες αποκλειστικής δικαιοδοσίας (1988), σ. 291 επ., κατά τον οποίο η αντίθεση στα χρηστά ήθη δε συναντάται με την καλή πίστη ιδίως σε περιπτώσεις ανηθικότητας περί την οικογενειακή τάξη και σε δικαιοπραξίες με τις οποίες επιδιώκεται σκοπός επιβλαβής για το κοινωνικό σύνολο. Σε αυτές τις περιπτώσεις, εντούτοις, η άσκηση δικαιώματος θα μπορούσε να θεωρηθεί καταχρηστική λόγω υπέρβασης του κοινωνικοοικονομικού σκοπού του δικαιώματος.

γενετήσιων σχέσεων είναι πολυάριθμα¹¹⁴. Ως ανήθικη χαρακτηρίζεται και η σύμβαση εργασίας, εφ' όσον ο μισθός παρέχεται όχι για τις προσφερόμενες εργασίες αλλά για σαρκικές σχέσεις¹¹⁵. Η διάθεση περιουσίας μέσω διαθήκης σε παλλακίδα είναι ανήθικη κατά τη νομολογία εάν αποτελεί εκδήλωση αδικαιολόγητης περιφρόνησης προς εγγύτατα πρόσωπα της νόμιμης οικογένειας του διαθέτη, ιδιαίτερα όταν τα τελευταία είχαν επιδείξει άφοση σε αυτόν¹¹⁶. Στην τελευταία περίπτωση θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι παραβιάζεται και η καλή πίστη, διότι ο διαθέτης ή ο τρίτος δεν έλαβαν καθόλου υπ' όψιν τα συμφέροντα των τρίτων προσώπων, δηλ. αφοσιωμένων στον διαθέτη εγγύτατων συγγενών.

Μια επιβεβαίωση των προδιατυπωθέντων σκέψεων είναι δυνατή μέσω της χρήσης ενός πρόσφατου νομολογιακού παραδείγματος. Ο Άρειος Πάγος στην υπ' αριθμ. 43/2013¹¹⁷ απόφασή του έκρινε ως ανήθικη τη δήλωση πώλησης ακινήτου σε θυγατέρα οικιακής βοηθού, η οποία (οικιακή βοηθός) επιδιδόταν σε ερωτικές περιπτώξεις με τον κύριο του ακινήτου, ηλικίας 81 ετών και σύζυγο καρδιοπαθούς γυναίκας. Η μεταβίβαση του ακινήτου έγινε άνευ χρηματικού αντιτίμου και με την πεπλανημένη πεποίθηση του κυρίου ότι η οικιακή βοηθός θα του παρείχε ισόβια φροντίδα. Για το λόγο αυτό η εν λόγω σύμβαση κρίθηκε αντίθετη στα χρηστά ήθη κατά ΑΚ 281. Η μεταβίβαση αυτή θα μπορούσε να κριθεί και ως καταχρηστική, αφού ο σκοπός της μεταβίβασης αντιτίθεται στα χρηστά ήθη κατά ΑΚ 281. Κατά την προδιατυπωθείσα άποψή μου ακόμα κι αν εξέλειπε το κριτήριο των χρηστών ηθών στην ΑΚ 281, θα μπορούσε η εν λόγω σύμβαση και μεταβίβαση να κριθεί ως καταχρηστική διότι αντιτίθεται στην καλή πίστη, αφού δεν λαμβάνει υπόψη τα συμφέροντα των λοιπών συγγενών του δωρεοδότη.

ββ) Υποτέλεια του προσώπου έναντι του οποίου ασκείται το δικαίωμα

Μια δεύτερη κατηγορία δικαιιοπραξιών οι οποίες παραβιάζουν τα χρηστά ήθη αποτελούν αυτές που τείνουν στην «υποτέλεια» του άλλου μέρους, δηλ. στην υπέρμετρη δέσμευση των ελευθεριών του¹¹⁸. Είναι βέβαια αληθές ότι κάθε συναλλαγή εμπεριέχει δέσμευση της ελευθερίας του προσώπου¹¹⁹. Αυτή είναι εξάλλου και η ουσία της ενοχής·

114. Βλ. πληθώρα παραδειγμάτων σε Λαδά, Η ακυρότης της δικαιοπραξίας λόγω αντιθέσεως εις τα χρηστά ήθη (1979), σ. 124-130. Βλ. περαιτέρω ενδεικτικά ΑΠ 43/2013, ΤΝΠ Νόμος. ΟΛΑΠ 1174/1974, ΝοΒ 1975, 720 (διάθηκε αντίθετη στα χρηστά ήθη λόγω εγκατάλειψης περιουσίας σε παλλακίδα)· ΑΠ 260/1959 ΝοΒ 1959, 906.

115. Λαδά, Η ακυρότης της δικαιοπραξίας λόγω αντιθέσεως εις τα χρηστά ήθη (1979), σ. 125 με παραπομπή σε απόφαση του γερμανικού ακυρωτικού.

116. Μπαλής, Κληρονομικό Δίκαιο (1965), σ. 123, όπου και περαιτέρω περιστατικά τα οποία πρέπει να λαμβάνονται υπόψη κατά την εκτίμηση της περιφρόνησης. Βουζίκας, Κληρονομικών Δίκαιο, τ. Β' (1976), σ. 667-668· Παπαντωνίου, Κληρονομικό Δίκαιο (1989), σ. 224. Έτσι και ΑΠ 43/2003 ΤΝΠ Νόμος (μεταβίβαση ακινήτου για αιτία που αντιβαίνει στα χρηστά ήθη)· ΑΠ 1225/2012 ΤΝΠ Νόμος = ΧρΙΔ 2013, 113 (άκυρη διαθήκη ως αντίθετη στα χρηστά ήθη λόγω εκμετάλλευσης της απειρίας άλλου)· ΟΛΑΠ 1174/1974, ΝοΒ 1975, 720 (διάθηκε αντίθετη στα χρηστά ήθη λόγω εγκατάλειψης περιουσίας σε παλλακίδα)· ΑΠ 260/1959 ΝοΒ 1959, 906.

117. ΤΝΠ Νόμος.

118. Ζέπος, Ενοχικό Δίκαιο Ι (1966), σ. 109 και Παρασκευά, Τα χρηστά ήθη και η νομική αυτών θεμελίωσις (1983), σ. 42.

119. Μπαλής, Γενικά Αρχαί (1961), σ. 189· Σημαντήρας, Γενικά Αρχαί (1976), αρ. 805· Λαδάς, Η ακυρότης της δικαιοπραξίας λόγω αντιθέσεως εις τα χρηστά ήθη (1979), σ. 116.

δέσμευση της βούλησης του οφειλέτη. Η δέσμευση όμως αυτή δεν πρέπει να είναι υπέρμετρη σε βαθμό που ο οφειλέτης να καθίσταται υποτελής απέναντι στον δανειστή. Σε περίπτωση που η υποτέλεια αυτή είναι εμφανής, η δικαιοπραξία που την καθιερώνει μπορεί να κριθεί άκυρη βάσει της ΑΚ 179¹²⁰. Όταν όμως αυτή δεν είναι εμφανής, προστατεύεται ο οφειλέτης με την ΑΚ 178¹²¹. Η υποτέλεια –η απουσία δηλ. (συμβατικής) ελευθερίας– μπορεί να είναι οικονομική, χρονική ή προσωπική¹²². Η πρώτη υπάρχει όταν τα αντισυμβαλλόμενα μέρη δεν είναι οικονομικά ισότιμα¹²³. Χαρακτηριστικές περιπτώσεις οικονομικής υποτέλειας αποτελούν δικαιοπραξίες που παρέχουν ασφάλειες στον δανειστή, οι οποίες ουσιαστικά επεκτείνονται σε όλη του την περιουσία και τον δεσμεύουν σε τέτοιο βαθμό, ώστε να μην μπορεί να ικανοποιήσει κανέναν άλλο ή να μην μπορεί να συνεχίσει την επαγγελματική δραστηριότητά του. Για παράδειγμα, ο λήπτης επιχειρηματικού δανείου δεσμεύεται με έγγραφη προσημείωση υποθήκης και ενέχυρο στις πρώτες ύλες του για απαίτηση του δανειστή από το τίμημα των πωλήσεων που θα πραγματοποιήσει. Μια τέτοια δέσμευση αναιρεί την περιουσία του και τις προσπάθειες όλης της ζωής του¹²⁴. Η άσκηση των αντίστοιχων εμπράγματων και ενοχικών δικαιωμάτων θα κρινόταν ως αντίθετη στα χρηστά ήθη. Η αναδρομή όμως στα χρηστά ήθη δεν είναι απαραίτητη. Ακόμα και αν απουσίαζε ο σχετικός όρος από την ΑΚ 281, η άσκηση των εν λόγω δικαιωμάτων θα ήταν καταχρηστική ως αντίθετη στην καλή πίστη, διότι ο δανειοδότης δεν έλαβε καθόλου υπ' όψιν του τα συμφέροντα του οφειλέτη¹²⁵.

Περαιτέρω, τυχόν χρονική υποτέλεια συνδέεται με την χρονικά υπέρμετρη δέσμευση του οφειλέτη περιορίζοντας υπέρμετρα με αυτό τον τρόπο την ιδιωτική του αυτονομία.

120. Βλ. π.χ. ΑΠ 1934/2013 ΤΝΠ Νόμος, περί ακυρότητας ασφαλιστικής σύμβασης λόγω ασχοκέρδειας, ήτοι αντικειμενικής δυσαναλογίας μεταξύ παροχής-αντιπαροχής.

121. Βλ. και το σχετικό κεφάλαιο «Η ακυρότης λόγω αντιθέσεως εις τα χρηστά ήθη ως *ultimum remedium*» στη μονογραφία του Λαδά, Η ακυρότης της δικαιοπραξίας λόγω αντιθέσεως εις τα χρηστά ήθη (1979), σ. 193-194. Βλ. για περιπτώσεις στο μεταίχμιο του ρυθμιστικού πεδίου μεταξύ ΑΚ 178 και 179 στην ίδια μονογραφία σ. 117-119 με αναφορές κυρίως στην εκμετάλλευση μονοπωλιακής θέσης.

122. Πρβλ. Λαδά, Η ακυρότης της δικαιοπραξίας λόγω αντιθέσεως εις τα χρηστά ήθη (1979), σ. 116-117.

123. Τέτοιες περιπτώσεις αποτελούν για παράδειγμα η μίσθωση δούλου ή η απαγόρευση σε εργαζόμενη να μείνει έγκυος. Για την τελευταία περίπτωση βλ. ΒΑΓ ΝΙΩ 1957, 1688 επ. και Π. Παπανικολάου, Σύνταγμα και Αυτοτέλεια του Αστικού Δικαίου (2006), § 3 αρ. 68 και υπ. 145.

124. Στο ίδιο αποτέλεσμα καταλήγουν και οι Σταθόπουλος/Λαδογιάννης σε σύμφωνο πρότιμης με εξαιρετικά δυσανάλογες παροχές, αντιπαροχές το οποίο λόγω αυτής της δυσαναλογίας θεωρούν αντίθετο στα χρηστά ήθη. Κριτήρια αντίθεσης συμφώνου προτίμησης προς τα χρηστά ήθη, ΧρΙΔ 2012, 63, 68-69. Άλλως η ΕφΠειρ 142/2008, ΔΕΕ 2008, 988, η οποία δεν δέχτηκε την αντίθεση στα χρηστά ήθη εργοδότη που πρόσπισε με καταγγελία σύμβασης εργασίας το συμφέρον της επιχείρησής του.

125. Αυτό ισχύει και στα λοιπά παραδείγματα των αρ. 24-26 του ίδιου κεφαλαίου. Βλ. χαρακτηριστικά ΑΠ 237/1963, ΝοΒ 1963, 1067-1068 και ΜΠρΑλεξ 19/2005, Αρμ 2005, 1406-1409 (ακυρότης ρήτρας για μη συμμετοχή σε πλειστηριασμό). Από θεωρητικής απόψεως για το θέμα αυτό αναλυτικά Π. Παπανικολάου, Οι καταπλεονεκτικές δικαιοπραξίες (1983), σ. 154 επ. Πρβλ. για καταχρηστική άσκηση δικαιώματος στο πλαίσιο της αναγκαστικής εκτέλεσης ΑΠ 558/1995, ΝοΒ 1977, 35-ΑΠ 152/1989 ΕΛΛΔνη 1990, 1424-ΑΠ 692/1983 ΕΕΝ 1984, 203-ΑΠ 431/1981, ΝοΒ 1982, 413 και η ΕιρΚομφ 12/2010, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ (καταχρηστική η κατάσχεση οικοπέδου για απαίτηση πέντε συναλλαγματικών των 150 Ευρώ έκαστη).

Χαρακτηριστική περίπτωση συνιστά η σύμβαση με την οποία ο συγγραφέας ανέλαβε την άνευ χρονικού περιορισμού υποχρέωση έναντι εκδοτικού οίκου να του προσφέρει για έκδοση κατά προτεραιότητα όλα τα μελλοντικά έργα του¹²⁶. Προσωπική, τέλος, είναι η υποτέλεια όταν δεν δεσμεύεται μόνο η περιουσία του προσώπου, αλλά και η προσωπική του ελευθερία. Αυτό συμβαίνει, για παράδειγμα, όταν υπάλληλος επιχείρησης ανέλαβε άνευ ανταλλάγματος να μην χρησιμοποιεί τις γνώσεις που απέκτησε από την επιχείρηση αυτή, όταν εργαστεί ως ελεύθερος επαγγελματίας¹²⁷. Σε αυτή την προσωπική υποτέλεια εντάσσονται και δεσμεύσεις που αφορούν στην προσωπική και οικογενειακή ζωή όπως διακοπή έγγαμης συμβίωσης ή η συνέχιση της διάσπασής της ή συμφωνίες για τη μη απόκτηση τέκνων¹²⁸. Άκυρη είναι για παράδειγμα σύμβαση, μέσω της οποίας ο σύζυγος ανέλαβε την υποχρέωση να απομακρύνει τον αδερφό του από την επιχείρησή του, να μην δεχθεί σε αυτή άλλους συγγενείς του και να μη πραγματοποιεί επαγγελματικά ταξίδια χωρίς τη σύζυγό του, προκειμένου η τελευταία να παραιτηθεί της αγωγής διαζυγίου¹²⁹.

Περιπτώσεις προσωπικής υποτέλειας εμφανίζονται συχνά στο πλαίσιο του εργατικού δικαίου. Τα Εφετεία Θεσσαλονίκης¹³⁰ και Αθηνών¹³¹ σε αρκετές περιπτώσεις δέχτηκαν αντίθεση των καταγγελιών συμβάσεων εργασίας στα χρηστά ήθη ακόμα και σε περιπτώσεις όπου η συμπεριφορά του εργαζόμενου υπαίτιως προκαλεί διατάραξη στο ήρεμο κλίμα επιχείρησης¹³² εφόσον τα οικονομικά προβλήματα της επιχείρησης μπορούν να αντιμετωπιστούν με ηπιότερα μέτρα¹³³. Προσήκουσα σε αυτές τις περιπτώσεις είναι η εφαρμογή του κριτηρίου της καλής πίστης.

Σε όλα τα παραδείγματα που αναφέρθηκαν, η καλή πίστη επιβάλλει την αναγνώριση της καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος. Τέτοιου είδους συμφωνίες δεν λαμβάνουν καθόλου υπ' όψιν τα (περιουσιακά ή μη) συμφέροντα του άλλου μέρους και δεν προστατεύουν τα συμφέροντα του οφειλέτη, τον οποίο καθιστούν υποτελή τον δανειστή. Τόσο η προαναφερθείσα σύμβαση επιχειρηματικού δανείου, όσο και η συμφωνία μη χρήσης αποκτηθέντων γνώσεων και δεξιοτήτων παραιτηθέντος υπαλλήλου δεν προστατεύουν τα συμφέροντα του οφειλέτη, τον οποίο καθιστούν υποτελή του δανειστή. Το αυτό ισχύει και για τον σύζυγο που δεσμεύεται υπέρμετρα προκειμένου να παραιτηθεί η σύζυγος από αγωγής διαζυγίου, όπως επίσης τον κληρονομούμενο, ο οποίος δεν έλαβε καθόλου υπόψη

126. Το παράδειγμα από Λαδά, Η ακυρότης της δικαιοπραξίας λόγω αντιθέσεως εις τα χρηστά ήθη (1979), σ. 117, το οποίο αντλεί από τη γερμανική έννομη τάξη.

127. BAG NJW 1961, 748. Περαιτέρω παραδείγματα από το χώρο του οικογενειακού δικαίου σε Λαδά, Η ακυρότης της δικαιοπραξίας λόγω αντιθέσεως εις τα χρηστά ήθη (1979), σ. 121-124.

128. Στο ίδιο αποτέλεσμα καταλήγει και ο νομοθέτης ο οποίος απαγορεύει συμβάσεις για μεσιτεία γάμου ή για πραγματοποίηση γάμου. Βλ. γερμΑΚ 656 και 1297 § 1 αντίστοιχα. Έτσι και στον ελληνικό ΑΚ, βλ. την αναγκαστικού δικαίου ΑΚ 1346, κατά την οποία η σύμβαση για μελλοντικό γάμο δεν γεννά αγωγή για εξαναγκασμό του και τυχόν υπόσχεση ποινής σε περίπτωση που ματαιωθεί ο γάμος είναι άκυρη.

129. RGZ 158, 294, 298.

130. 540/2008, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

131. 8054/1986 ΔΕΝ 1986, 1156.

132. Αυτόθι.

133. ΕφΑθ 540/2008, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. Για την σύνδεση των χρηστών θήων με την αρχή της αναλογικότητας βλ. Δεβετζή, Η αρχή της αναλογικότητας και κατάχρηση δικαιώματος στο πεδίο του Αστικού Δικονομικού Δικαίου, 218, 228-234.

τα συμφέροντα εγγυτέρων συγγενών του αλλά διέθεσε την περιουσία του σε παλλακίδα. Τέλος, η καταγγελία των συμβάσεων εργασίας στα προαναφερθέντα νομολογιακά παραδείγματα ενέχουν αδιαφορία για τα συμφέροντα του εργαζόμενου. Το γεγονός ότι όλες οι παραπάνω δικαιοπράξεις θα μπορούσαν να ακυρωθούν, όχι μόνο μέσω του ΑΚ 281, αλλά και με απλή αναδρομή στο ΑΚ 178 αναδεικνύει ότι οι έννοιες της καλής πίστης και των χρηστών ηθών ταυτίζονται, όχι μόνο από δογματικής απόψεως, αλλά και από πρακτικής. Αυτός είναι και ο λόγος που τα χρηστά ήθη δεν εξετάζονται από τη νομολογία ως αυτοτελές κριτήριο, αλλά σε συνδυασμό με τα λοιπά κριτήρια της ΑΚ 281¹³⁴. Η απαλοιφή του όρου των χρηστών ηθών δεν πρόκειται να επιφέρει κάποια σημαντική επίδραση στην εφαρμογή της ΑΚ 281, διότι το κριτήριο αυτό λειτουργεί διαζευκτικά και όχι σωρευτικά σε σχέση με τα λοιπά κριτήρια. Ενόψει μάλιστα του γεγονότος ότι ποτέ στη νομολογία δε γίνεται κάποια ρητή αναφορά αποκλειστικά στο εν λόγω κριτήριο δεν πρόκειται να υπάρξει σημαντική αλλαγή ως προς την εφαρμογή της.

3. Περαιτέρω επιχειρήματα κατά των χρηστών ηθών ως όρου του πραγματικού της ΑΚ 281

Η απαλοιφή του όρου των χρηστών ηθών δεν πρόκειται να επιφέρει κάποια σημαντική επίδραση στην εφαρμογή της ΑΚ 281, διότι το κριτήριο αυτό λειτουργεί διαζευκτικά¹³⁵ και όχι σωρευτικά σε σχέση με τα λοιπά κριτήρια. Ενόψει μάλιστα του γεγονότος ότι ποτέ στη νομολογία δε γίνεται ρητή αναφορά αποκλειστικά στο εν λόγω κριτήριο, δεν πρόκειται να υπάρξει κάποια αλλαγή ως προς την εφαρμογή της ΑΚ 281.

Υ. Συμπέρασμα και πρόταση

Ακριβώς επειδή η ΑΚ 281 έχει ένα ευρύτατο προστατευτικό πεδίο, κυρίως λόγω της αναφοράς της σε γενικές ρήτρες όπως της καλής πίστης και των χρηστών ηθών, η νομολογία βρέθηκε αντιμέτωπη με σωρεία επικλήσεων της ένστασης της ΑΚ 281. Η νομολογία αντέδρασε με δυο τρόπους: Πρώτον, θεώρησε την ένσταση καταχρηστικότητας ως γνήσια ένσταση με αποτέλεσμα να απορρίπτεται η ένσταση αυτή συχνά ως απαράδεκτη¹³⁶. Με τον τρόπο αυτό η νομολογία έχει προβεί σε ένα δογματικά κατοχυρωμένο τρόπο περιορισμού της εφαρμογής των χρηστών ηθών. Σε ένα δεύτερο επίπεδο άρχισε να δέχεται μόνο κατ' εξαίρεση την εφαρμογή της διάταξης αυτής¹³⁷. Η επιφυλακτική αυτή

134. Κατά τον *Ι.Καράκωστα* μάλιστα η έννοια των χρηστών ηθών (όπως και της καλής πίστης) περιλαμβάνεται στο κριτήριο του κοινωνικοοικονομικού σκοπού· Η κατάχρηση δικαιώματος στις εμπράγματα σχέσεις² (2009), σ. 77.

135. ΑΠ 1795/1983 ΝοΒ 1986, 1072· ΕφΑθ 8458/1991, ΕλλΔνη 1993, 1631· ΕφΑθ 2807/1989, ΑρχΝ 41, 338· ΕφΑθ 583/1988, ΕλλΔνη 1990, 591· ΠΠρΘεσ 4234/1996, Αρμ 1996, 895. Κρατούσα η θέση αυτή και στη θεωρία βλ. *Ι.Καράκωστα*, Η κατάχρηση δικαιώματος στις εμπράγματα σχέσεις² (2009), σ. 73 και *Απ.Γεωργιάδης σε Γεωργιάδη/Σταθόπουλο*, άρθρο 281 αρ. 21 (όπου αναφέρεται στην αυτοτελή αξία των κριτηρίων).

136. ΑΠ 65/2005 ΕλλΔνη 2005, 762· ΑΠ 769/2000 ΤΝΠ ΔΣΑ· ΟΛΑΠ 472/1983 ΝοΒ 1984, 48· ΕφΛαρ 514/2007 ΤΝΠ ΔΣΑ. Και αναλυτικότερα *Ν.Γεωργιάδης*, σε *Γεωργιάδη ΣΕΑΚ*, 281 αρ. 63. Βλ. και *Απ. Γεωργιάδη*, *Γενικές Αρχές*⁴ (2007) § 23 αρ. 34 αναφορικά με την ανάγκη διατύπωσης αιτήματος για απόρριψη της αγωγής για τη συγκεκριμένη αιτία, προκειμένου να μην απορριφθεί η ένσταση ως απαράδεκτη.

137. ΑΠ 620/2008 ΤΝΠ Νόμος (όχι καταχρηστικότητα καταγγελίας σύμβασης εργασίας λόγω παραβίασης της αρχής της εμπιστοσύνης)· ΑΠ 162/2008 (άκυρη η καταγγελία της σύμβασης εργασίας λόγω μη ύπαρξης σπουδαίου λόγου, αλλά όχι λόγω καταχρηστικότητας αυτής)· ΑΠ

εφαρμογή της ΑΚ 281 από τη νομολογία είναι ορθή, διότι τα δικαιώματα απονέμονται από την έννομη τάξη κατ' αρχήν για να ασκούνται. Μόνο κατ' εξαίρεση και σε περίπτωση διά της άσκησης δικαιώματος προσβολής της ουσιαστικής δικαιοσύνης πρέπει να γίνεται επίκληση και εφαρμογή της καταχρηστικότητας της άσκησης. Γι' αυτό και η θεωρία¹³⁸ προτείνει την επιφυλακτική εφαρμογή της εν λόγω διάταξης ουσιαστικά επικροτώντας τη θέση της νομολογίας.

Ήδη προτάθηκε *de lege ferenda* η απόλειψη του κριτηρίου των χρηστών ηθών από την ΑΚ 281. Παράλληλα, όμως, και μέχρι να υλοποιηθεί μια τέτοια αλλαγή, τα πολιτικά δικαστήρια θα πρέπει να προσδιορίζουν ποιό από τα τέσσερα αναφερόμενα στην ΑΚ 281 κριτήρια εφαρμόζονται στην εκάστοτε επίδικη περίπτωση¹³⁹. Η εμμονή στον προσδιορισμό και την ανάλυση των τεσσάρων κριτηρίων της ΑΚ 281 δεν θα πρέπει να θεωρηθεί ως προσπάθεια περιορισμού αλλά διεύρυνσης της εφαρμογής της διάταξης. Οι τύποι συνιστούν εξάλλου «έχθρα της αυθαιρεσίας κα παλλάδιον της ελευθερίας» όπως τονίζει ο καθηγητής Νικόλαος Κλαμαρής στη μονογραφία του¹⁴⁰ παραπέμποντας στον *v. Jhering*. Η προτεινόμενη λύση θα θέσει ένα τέλος στην πρακτική των πολιτικών δικαστηρίων να απορρίπτουν την ένσταση καταχρηστικότητας λόγω της υπέρμετρης χρήσης της. Τούτο δε διότι η απαίτηση προσδιορισμού των κριτηρίων της ΑΚ 281 δεν θα περιορίσει τη χρήση της. Υπό αυτές τις συνθήκες η ΑΚ 281 μπορεί να λάβει στην έννομη τάξη μας τη θέση που τις αξίζει ως εργαλείο στάθμισης συγκρουόμενων συμφερόντων.

171/2009 (όχι καταχρηστικότητα άσκησης του διευθυντικού δικαιώματος του εργοδότη να επιλέγει και να τοποθετεί ως προϊστάμενο συγκεκριμένο εργαζόμενο, τηρώντας τα όρια που επιβάλλει το 281 ΑΚ).

138. Τούσης, Γενικές Αρχές (1962), σ. 791, αρ. 178 και Ι. Καράκωστας, Η κατάχρηση δικαιώματος στις εμπράγματες σχέσεις² (2009), σ. 74. Αντίθετος και υπέρ του αυτεπαγγέλτου Ν. Γεωργιάδης, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, άρθρο 281 αρ. 63

139. Πρβλ. Απ. Γεωργιάδη σε Γεωργιάδη/Σταθόπουλο, άρθρο 281, αρ. 44.

140. Η καταχρηστική άσκησης δικαιώματος εν τω αστικώ δικονομικώ δικαίω, Τομ. Β' (1980), σ. 384.